

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN COLOMBIA



PRESENTADO POR:

PABLO MALAGÓN CAJIAO

DIRECTOR:

DR. OSWALDO ROBLES ACUÑA

ABOGADO

PRESENTA PARA OPTAR AL TITULO DE

ABOGADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI

20 -06 - 2013

Artículo 23 de la resolución No. 13 de 6 de julio de 1946, del reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque la tesis no contenga ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

AGRADECIMIENTOS:

A mi familia, infinitas gracias por su compañía y apoyo incondicional.

Los años vividos en la Universidad, me impulsan a expresarle mis más sinceros agradecimientos a todos y cada uno de los profesores de esta prestigiosa institución que cordialmente compartieron su conocimiento durante mi recorrido estudiantil.

En especial, guardo profunda admiración y afecto por quien hace hoy las veces de director de este proyecto de grado. Agradezco inmensamente Doctor Oswaldo Robles su colaboración desprevenida y magna generosidad manifestados hacia mí durante todo en el tiempo compartido.

INDICE DE CONTENIDO

1. GLOSARIO	1
1.1 INTRODUCCIÓN	3
2. ASPECTOS PRELIMINARES.....	4
2.1 CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA:	4
2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	5
3. OBJETIVOS.....	6
3.1. OBJETIVO GENERAL:.....	6
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	6
4. JUSTIFICACIÓN.....	7
5. ASPECTOS METODOLÓGICOS	8
5.1 TIPO DE ESTUDIO:.....	8
5.2 ÁREA DEL DERECHO:	8
5.3 UNIVERSO Y MUESTRA:.....	8
5.4 MÉTODOS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:	9
5.5 PLAN DE TABULACIÓN Y ANÁLISIS	9
5.5.1 Preparación:.....	9
5.5.2 Análisis de documentos:	9
5.5.3 Sistematización de la información:	9
5.5.4 Relación entre las categorías de análisis:	10
6. LA SOCIEDAD COMO VEHÍCULO ECONÓMICO.....	11
6.1 CASO: ESTADO DE DELAWARE Y ESTADO DE CALIFORNIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA.	13
<i>Estado de Delaware.</i>	18
<i>Estado de California</i>	20
6.2 CASO: REPÚBLICA POPULAR DE CHINA	23
7. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO.....	30
7.1 HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL DERECHO DE LAS SOCIEDADES.....	36
7.2. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN COLOMBIA	39
7.2.1. <i>Concepto de sociedad en Colombia</i>	41
7.2.2 <i>Relevancia de la evolución del concepto de sociedad</i>	44
7.3 EVOLUCIÓN LEGAL DE LAS SOCIEDADES EN COLOMBIA.....	45
7.3.1 <i>Ley 222 De 1995</i>	46
7.3.1.1 <i>Reforma sustancial al Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)</i>	47
7.3.2 <i>Ley 1014 de 2006</i>	50
7.3.2.1 <i>Las Sociedades Empresariales como Forma Societaria</i>	50
7.3.3 <i>Ley 1258 de 2008</i>	52
7.3.3.1 <i>El impacto de la Sociedad por Acciones Simplificada</i>	53
7.3.3.2 <i>Ley 1429 de 2010.</i>	55

7.3.3.3 Resultados de la ley de generación y formalización de empleo.....	60
7.3.3.4 Concepto de crecimiento empresarial	63
8. CONCLUSIÓN	66
9. BIBLIOGRAFÍA	69

RESUMEN:

El presente documento de investigación es de carácter descriptivo, en la medida en que pretende dar cuenta de una situación en particular; a saber, la importancia de los tipos societarios en el crecimiento de Colombia en el último siglo. Inicia comentando el papel de las sociedades en Estados Unidos de Norte América haciendo énfasis en los Estados de Delaware y California, así como en China y su interesante devenir societario. Posteriormente aborda el tema de la flexibilización del derecho societario desde una perspectiva de derecho comparado, presentando importantes ejemplos de países como Alemania, Francia y España. Más adelante dentro del documento se encuentra el tópico referente a la flexibilización del derecho societario en Colombia desde la evolución del concepto de sociedad comercial, pasando por la ley 222 de 1995, la ley 1014 de 2006 hasta la ley 1258 de 2008, su complementaria ley 1429 de 2010 y el consecuente crecimiento empresarial que supuso la expedición de toda esta normativa. Por último se presentan las conclusiones de la investigación.

Palabras claves: Globalización, tipos societarios, formas societarias, sociedad, empresa, crecimiento empresarial.

1. GLOSARIO

Capital social: Cifra matemáticamente invariable en principio, integrada por los recursos aportados inicial o sucesivamente por los asociados.

Civil law: Es un sistema de leyes codificadas, de origen Romano – germánico, imperante en Latinoamérica y Europa Continental.

Clúster: Contrato de colaboración empresarial caracterizado por la concentración de empresas, instituciones y demás agentes, relacionados entre sí por un mercado o producto.

Common law: Es un sistema de origen anglosajón, imperante en países de habla inglesa caracterizado por la importancia de la costumbre y los precedentes judiciales.

Contrato: Lícito y legal convenio de partes, no prohibido ni descrito como punible en ordenamiento alguno, mediante el cual se crean relaciones jurídicas, quedando obligadas estas al imperio de normas legales o a las que buenamente estipulen.

Costos de mandato: Erogaciones causadas por la administración de un ente ficticio o realización de actividades específicas

Costos de transacción: Sumas dinerarias surgidas de la celebración de un contrato o convención.

Derecho societario: Rama del derecho privado que se ocupa del estudio y regulación de las sociedades como herramienta legal a disposición del empresario para la realización de sus negocios.

Documento privado: Aquel perteneciente a personas naturales y jurídicas, entidades, instituciones y organizaciones que no tienen carácter oficial.

Empresa: Toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

Flexibilización: Grado de adaptación de las organizaciones a las circunstancias del entorno.

Formas societarias: Clasificación doctrinal de las sociedades proveniente de las actividades que estas realizan.

Globalización: Proceso de integración de los mercados financieros y de la actividad económica en general a escala mundial, sin que las fronteras constituyan una barrera.

Objeto social: Actividad mercantil lícita y concreta para cuya realización se constituye una sociedad. El objeto constituye la capacidad de la sociedad.

Sociedad: Entes ficticios a los que la Ley reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y que contando con patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad común que puede o no ser lucrativa.

Sociedades empresariales: Forma societaria existente en virtud de la expedición de la ley 1014 de 2006 de Colombia, que en su artículo 22 dispone que las cualquier tipo societario (salvo los comanditarios), podrá constituirse por documento privado, siempre y cuando su planta de personal no supere los 10 trabajadores y sus activos totales no excedan 500 Salarios mínimos.

Sociedades de capital: Son estructuras generalmente abiertas en las que prevalece el aporte realizado por el individuo y no la persona en sí. El elemento intuitu pecuniae se refleja en su regulación.

Sociedades de personas: Son estructuras cerradas (dificulta el acceso a extraños a la sociedad) en las que prevalecen las calidades personales de los asociados. El elemento intuitu personae se refleja en los diversos aspectos de su regulación normativa.

Tipos societarios: Clasificación doctrinal de las sociedades, dentro de los tipos se encuentra todas las sociedades que el libro segundo del Código de Comercio contempla, las Sociedades por Acciones Simplificada y la Sociedades Agrónomas de transformación.

1.1 INTRODUCCIÓN

La presente monografía de investigación tiene por objeto realizar un estudio jurídico de derecho societario, analizando la incidencia que tiene la evolución en materia de sociedades en el crecimiento empresarial de Colombia en el siglo XXI.

La iniciativa investigativa, surge en un momento histórico de gran trascendencia para América Latina en el escenario jurídico – societario, la globalización entendida como un proceso de transformación de la humanidad impulsado en gran parte por el avance tecnológico de nuestra era, está transportando a la sociedad actual a una eventual desaparición de las fronteras territoriales conocidas, evidenciando la necesidad de estar a la vanguardia en cuanto a regulación comercial y societaria se trata.

Ante la coyuntura actual descrita brevemente con antelación, los *tipos societarios* toman un protagonismo invaluable en el progreso económico de las naciones, puesto que constituyen un importante *vehículo jurídico* para la realización de todo tipo de actividad lucrativa. Desde un punto de vista general y moderno podemos definir a la sociedad comercial como la cobertura jurídica de la empresa, o la forma jurídica de que esta se reviste¹. Entendiendo a la empresa como *“toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios...”*²

Además de lo anterior, se encuentra el papel de los mandatarios de turno en la creación legislativa, ya que definitivamente el progreso y la evolución jurídica de las naciones, obligatoriamente tienen que ir acompañados de normas que regulen las relaciones jurídicas comerciales, porque con la existencia de una normativa consecuente y precisa en materia económica, el crecimiento es una consecuencia inevitable.

¹ VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las sociedades comerciales. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002. p.13.

² Código de Comercio de Colombia; Decreto 410 de 1971, artículo 25.

2. ASPECTOS PRELIMINARES

2.1 Contextualización del problema:

El Código de Comercio de Colombia (decreto 410 de 1971) fue en su momento un avance importante para la legislación comercial en el país, puesto que unificó la normativa societaria en un solo texto y otorgó al empresario una herramienta de inmenso valor para desarrollar su negocio mediante la creación de una persona jurídica individualmente considerada, diferente a sus constituyentes, naciendo así lo que hoy la doctrina llama como *sociedades codificadas*. Es importante anotar que previo a la expedición del Nuevo Código de Comercio de 1971 estaba en vigencia el Código de Comercio Nacional de 1987, el cual sufrió numerosas modificaciones en materia de sociedades, hasta el nacimiento de la nueva codificación.

En el año de 1991 con la expedición de La Constitución Política de Colombia se amplió el concepto de empresa, La Carta Política de 1991 acogió la moderna concepción económica que concibe a la empresa como organización viva y dinámica de toda actividad planificada y dirigida a lograr unidad de acción para alcanzar una finalidad determinada, cuyos beneficios los obtiene el empresario o redundan en provecho de la misma entidad.³

El moderno concepto de empresa que introdujo la *Carta Magna*, entre otros, evidenció la necesidad de introducir modificaciones o ampliar la legislación existente en materia de sociedades, puesto que ese importante *vehículo* para la realización de actividades económicas estaba deseoso de ser actualizado y de esa manera seguir contribuyendo y facilitando la celebración de negocios para sus asociados.

Solo hasta el año de 1995 con la expedición de la ley 222 de ese año, el país sufrió una importante modificación en materia comercial, norma que posteriormente en el desarrollo del proyecto será objeto de análisis.

Desde esa fecha en adelante, las constantes intervenciones de las altas Cortes, de la Superintendencia de Sociedades, del Congreso de la República, del Ejecutivo y de la juiciosa doctrina han traído consigo una constante pero beneficiosa alteración del mundo jurídico societario, buscando adaptarse siempre a las exigencias y tendencias contemporáneas de países como Holanda y Estados Unidos que en materia societaria, coloquialmente, mandan la parada.

³ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio, NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, NARVÁEZ BONNET, Olga Stella. Derecho de la empresa. Editorial Legis, Colombia, 2008. p.27

Ahora bien, tales inclusiones de modelos societarios extranjeros en Colombia, debe ser el resultado de un análisis coyuntural amplio, entendiendo el escenario económico del país. Luego de ese estudio, es factible determinar si un tipo societario exitoso en otra sociedad, como ocurrió con la Sociedad por Acciones Simplificada en Francia, resulta adaptable a las circunstancias socioeconómicas de la nación.

Casos como el *clúster de facto*, que en la actualidad existe en el Silicon Valley o el desarrollo del Estado de Delaware en Estados Unidos, son ejemplos de cómo los tipos societarios influyen en el desarrollo económico y empresarial de un país, sin embargo, por más positivo que parezca copiar fielmente tales modelos societarios, la conducta asertiva haría referencia al desarrollo de modelos propios que respondan a las necesidades de Colombia.

Esos deseos o tentativas, como las descritas en el párrafo anterior, podrían desembocar en un fracaso jurídico, no solo por no atender el panorama socioeconómico del país que copia, sino porque países como Estados Unidos o Inglaterra, pertenecen a una familia jurídica distinta (Common Law) a la que Colombia y la mayoría de Latinoamérica pertenece (Civil Law).

2.2 Formulación del problema:

¿La legislación en materia de sociedades en Colombia contribuye verdaderamente al desarrollo empresarial de Colombia en el presente siglo?

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo general:

Establecer la importancia y el significado de la flexibilización del derecho societario en Colombia

3.2. Objetivos específicos:

- ✓ Establecer las características de las sociedades como *vehículo económico*.
- ✓ Determinar las principales innovaciones en materia societaria que ha tenido Colombia en los últimos años.
- ✓ Entender la evolución del concepto de sociedad comercial en la nación.
- ✓ Identificar los principales inconvenientes que ha tenido el país para el adecuado desarrollo societario.
- ✓ Valorar la actualización societaria en el desarrollo empresarial de Colombia.
- ✓ Determinar el concepto de flexibilización societaria.

4. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación resulta jurídicamente importante, puesto que como ya se ha mencionado anteriormente, los tipos societarios son el *ropaje* o la figura que revisten la mayoría de negocios, para desempeñar su objeto social dentro del marco normativo Colombia.

A pesar de que parte de la doctrina comercial argumente que el instrumento idóneo para asociarse son los contratos de colaboración empresarial, para nosotros es claro que, las sociedades comerciales flexibilizadas, constituyen una de las primeras opciones para el *hombre de negocios*. Así lo expresan autores que han dedicado su estudio al derecho societario, “Las sociedades son un instrumento de organización e integración del capital, al servicio del desarrollo económico”⁴.

Ahora bien el presente documento no centra su atención en las características especiales de cada tipo societario existente en Colombia, sino que realiza un análisis acerca de la flexibilización de los mismos con el paso de los años y su consecuente importancia legal, tributaria, laboral y social en cuanto a formalización de las actividades económicas se refiere.

Para tal novedoso concepto de flexibilización, la investigación toma como sustento teórico las evidencias de flexibilización y desregularización presentes en países como Estados Unidos de América, Francia, España, entre otros.

Mencionado lo anterior, resulta manifiestamente relevante, proceder a realizar un estudio preciso sobre la evolución societaria que ha tenido Colombia en los últimos años.

No obstante, esta monografía en su esencia plantea realizar no solo una escueta relación o descripción de los cambios que se han presentado en materia de sociedades, más bien, a partir de las experiencias extranjeras, presentar un estudio de aquello que está sucediendo en Colombia respecto a la flexibilización, analizando su relación con el crecimiento empresarial del país en el siglo XXI.

⁴ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Teoría general de las sociedades comerciales. Universidad Sergio Arboleda, Colombia, 2008. p.11

5. ASPECTOS METODOLÓGICOS

5.1 Tipo de estudio:

El tipo de estudio de esta investigación es descriptivo, en la medida en que pretende dar cuenta de una situación, mediante la exposición de razones analizando su impacto en el escenario empresarial. También se denomina un tipo de estudio transversal, porque más allá de que se estudie la evolución de una normativa específica, se procurará analizar la aplicación actual de la misma.

5.2 Área del derecho:

La investigación se enmarca dentro del área del derecho comercial, en concreto dentro de una especialidad llamada, derecho societario en armonía con el derecho económico.

5.3 Universo y muestra:

El universo son todas aquellas referencias doctrinales, leyes, jurisprudencia y fuentes electrónicas que se encuentran dentro de la bibliografía de este proyecto.

Los documentos que corresponden a la muestra de este proyecto son:

- ✓ El Código de Comercio de Colombia; Decreto 410 de 1971.
- ✓ La ley 222 de 1995 de Colombia.
- ✓ La ley 1014 de 2006 de Colombia.
- ✓ La ley 1258 de 2008 de Colombia.
- ✓ La ley 1429 de 2010 de Colombia.
- ✓ Ley de Sociedades de la República Popular de China.
- ✓ Acta Modelo de Negocios y Corporaciones. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Acta Uniforme de Sociedades. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Acta Uniforme de Sociedades Limitadas. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Compañía de Responsabilidad Limitada. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Ley 7 de 2003. Sociedad Limitada Nueva Empresa. España.
- ✓ Ley 3 de enero de 1994, modificada en 1999 y 2001. Sociedad por Acciones Simplificada. Francia.
- ✓ Ley de Sociedades por Acciones de Pequeñas Dimensiones y de Desregulación de los Derechos de Accionistas. Alemania.

5.4 Métodos e instrumentos de recolección de datos:

En el transcurso de la investigación se realizarán análisis documentales de los textos que hacen parte de la bibliografía del trabajo, este tipo de método corresponde a un método cualitativo. Para el presente, el tema se expondrá desde una perspectiva de derecho comparado, en la medida en que el estudio de normatividad y situación económica de países extranjeros hace parte integrante del proyecto, para tal se hará uso de referencias de tanto autores nacionales como foráneos que previamente han abordado el tópico con profundidad. Para absolver la pregunta de investigación, se utilizará el denominado método funcionalista, que supone la formulación de un interrogante que da origen al proyecto para ser desarrollado desde una análisis microeconómico, es decir, desde la importancia de los tipos societarios propiamente tales en el crecimiento empresarial de las naciones, apartándose de otras variables de índole económica pertenecientes al campo de la macroeconomía.

5.5 Plan de tabulación y análisis

5.5.1 Preparación:

En esta fase de trazan las pautas a seguir en el proyecto, se recolectan los documentos necesarios para adelantar la investigación.

5.5.2 Análisis de documentos:

En esta fase se debe extraer lo verdaderamente relevante de los textos para la elaboración del proyecto de investigación, y proceder a analizarlos partiendo del enfoque escogido para el desarrollo de la investigación.

5.5.3 Sistematización de la información:

Una vez obtenida la información relevante, se procede a organizarla para adelantar la investigación. En esta fase se establecen las categorías de análisis para el desarrollo del proyecto, determinando dos grandes categorías y posteriormente sus subcategorías que completarán el marco teórico. Para este proyecto las categorías son:

1. Las sociedades como vehículo económico.

- 1.1 La flexibilización del derecho societario.

1.2 Evolución de las sociedades en Colombia.

2. Crecimiento empresarial de Colombia en el siglo XXI.

2.1 Estudio cualitativo de las sociedades como vehículo económico y comercial.

2.2 Factores que influyen en el crecimiento empresarial de Colombia.

5.5.4 Relación entre las categorías de análisis:

En el proyecto en mención, se va a aplicar una técnica denominada “Caja de herramientas”, donde dos teorías del derecho (Ius Positivismo y Análisis económico del derecho) confluyen para dar cuenta de una situación en particular. La relación que tienen las categorías se vislumbra en el fin del proyecto, ya que es necesario estudiar desde distintos puntos de vista la legislación societaria de Colombia, por un lado desde un enfoque legalista, interpretando la norma y por otro lado, analizando el impacto económico que tiene la norma jurídica en la nación.

6. LA SOCIEDAD COMO VEHÍCULO ECONÓMICO

Lograr concebir a los tipos societarios como vehículos, herramientas o instrumentos a favor del empresario que desea emprender su idea de negocio, no es tarea fácil, máxime, si se observa que solo hasta inicios de este siglo se realizaron los primeros intentos mundiales para la comprensión del concepto.

Esta tendencia de vanguardia se enfrenta con grandes contradictores teóricos, que durante siglos han sido pilares fundantes de la creación legal de los pueblos, entre ellos se encuentran los Ius Positivistas y los favorecedores de la regulación estatal. Equivocado sería tan siquiera pensar en demeritar o infravalorar los aportes que doctrinantes pertenecientes a tales tendencias han realizado al estudio del derecho, lo que si resulta responsable es cuestionar con argumentos sus posturas, de acuerdo con la evolución normativa en que hoy se encuentran las naciones.

En un primer momento resulta indispensable realizar la separación del derecho privado y el derecho público. Ya al respecto la discusión ha sido abordada por la juiciosa doctrina, pero vale la pena mencionar como las diferencias siempre existirán, la valía radica en la exposición de *mejores razones* que procuren sustentar la posición tomada. Kelsen afirmó en una de sus magníficas obras, que “todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende derecho público”,⁵ tal aseveración dejaba sin cabida la existencia de la separación del derecho privado del público, y aun mas allá, negaba la existencia del segundo.

Tal logro de la separación del derecho público del privado, tomó años en configurarse de manera clara, hoy en día ya es comúnmente aceptado la existencia de esas dos corrientes. Ahora bien, la discusión dentro del derecho privado aún sigue latente y en la actualidad sigue la incertidumbre de si unificar o diversificar el mismo.

El criterio en que gran parte de la doctrina comulga, es que en el derecho privado debe primar la autonomía de la voluntad sobre la regulación estatal, siempre y cuando claro está, cualquier acto que se ejecute en ejercicio de la voluntad no atente contra preceptos constitucionales o legales. Sin embargo la idea de que las circunstancias económicas y el querer empresarial deben prevalecer en las relaciones jurídicas privadas sobre la norma inquebrantable del legislador, goza de gran aceptación por estos tiempos.

⁵ KELSEN, Hans. Teoría del Estado. Trad. Legaz Lacambra. Madrid. 1934. p. 108.

Temas como, la existencia de distintas ramas de derecho dentro del derecho privado, la consecuente creación de distintas especialidades dentro de la jurisdicción privada (En Colombia llamada Jurisdicción Ordinaria (exceptuase la especialidad penal que hace parte del derecho público)), o la necesidad de diferenciar actos civiles de los comerciales por ejemplo, constituyen unas de las tantas situaciones en los que la doctrina aún no ha unificado criterios.

La existencia del derecho civil y el derecho comercial como ramas del derecho privado hace evidente la necesidad de diferenciar al uno del otro, así como las circunstancias políticas e históricas que marcan nuestro derrotero histórico hoy día. Por ejemplo, en la Italia Fascista era inconcebible esta separación, puesto que todo asunto era de revisión e importancia estatal, pero en las naciones altamente desarrolladas comprometidas con la globalización y la iniciativa privada, tal aseveración puede resultar profundamente discutible y hasta insultante.

El planteamiento de la sociedad como vehículo económico, proviene del sector vanguardista de la doctrina comercial, que entiende a las sociedades más allá de un contrato legalmente celebrado sujeto a las normas legales que para tal se han dispuesto, postulando una estrecha relación entre economía y derecho donde la una solo se separa de la otra solo para efectos teóricos.

Ahora bien, acudiendo al estudio derecho comparado, pareciera que las naciones le han dado un giro dramático al estudio y práctica del derecho comercial. Cada vez se observa como en distintas naciones se enfatiza en la necesidad de que por ejemplo el derecho societario (parte integrante del derecho comercial) esté al servicio del progreso económico de los países. Sin embargo surge inmediatamente la siguiente pregunta, ¿Cómo transformar el propósito del derecho societario? En adelante se observarán dos casos en los cuales las más grandes potencias económicas han reinventado el objeto del derecho societario y han logrado atemperarlo a las exigencias económicas y comerciales de ambas civilizaciones.

Es evidente que el mundo económico imperante de la época, exige adecuación a las maniobras y tendencias de vanguardia practicadas por países desarrollados, tales posturas exigen apertura de mercados, eliminación de fronteras comerciales, facilidades para el inversionista extranjero, producción organizada a gran escala y celebración de tratados de libre comercio entre naciones. Descrito brevemente ese escenario, resulta conducente deducir que una regulación flexible y ágil en materia societaria favorecería tales procesos, nadie parece discutir la utilidad de la organización societaria como una herramienta para fomentar la inversión. De acuerdo con el profesor Daniel Roque Vitolo, “un buen régimen de gestión societaria es crucial para una eficiente administración de los mercados de

capitales y del sistema de inversión. Al mismo tiempo, la organización societaria asegura que todos los participantes en el mercado sean conscientes del amplio espectro de intereses legales y económicos en los cuales sus intereses se desarrollan..."⁶

En la actualidad, la gran cantidad de negocios que se materializan en sociedades, los dineros que se destinan al desarrollo de su objeto, y la relevancia económica que tienen en las naciones, han hecho de esta materia una importante especialidad que merece ser analizada globalmente de manera detallada, con criterios prácticos y funcionalistas, sin mencionar que es indiscutible que la expansión mundial del comercio se ha llevado a cabo por medio del fenómeno asociativo conocido como sociedades. Esta figura es considerada como uno de los principales motores del sistema capitalista de mercados toda vez que son generadoras de empleo, incubadoras de innovación y fuentes de tecnología, de igual manera aportan al sistema económico talento humano y recursos con el fin de hacer más eficiente la asignación de los mismos.⁷

Expuesto ya el fundamento teórico del planteamiento de las sociedades como vehículo económico, se hace obligatorio presentar algunos casos en los cuales las sociedades han contribuido verdaderamente al desarrollo económico de los países, ponderando la flexibilización, alejándose de la regulación rígida, estática y caótica.

6.1 Caso: Estado de Delaware y Estado de California de los Estados Unidos de Norte América.

La principal razón por la cual se abordará este país, es porque más allá de las grandes depresiones económicas que haya experimentado a lo largo de los años, hoy en día es la principal potencia económica del planeta, así como sus grandes innovaciones en materia de sociedades y hasta la misma influencia que ejerce sobre el panorama mundial en cuanto al derecho y la economía se trata.

Datos como que su PIB para el año de 2012 fue de 15 trillones de dólares representando la cuarta parte del PIB mundial⁸, llevan obligatoriamente a cuestionarse, de qué manera ese país produce bienes y presta servicios para

⁶ ROQUE VITOLLO, Daniel. Corporate Governance en la nueva dinámica societaria. Sociedades Comerciales, Los administradores y los socios, Gobierno corporativo, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p.18

⁷ Ibídem. p. 41

⁸ INTERNATIONAL MONETARY FUND (2011). «United States» (en inglés).

alcanzar cifras tan exorbitantes y definitivamente influyentes en el crecimiento de una nación. Por lo anterior resulta, al menos racional, detenerse a analizar si la configuración societaria de ese país está contribuyendo al alcance de tales metas y consecuente florecimiento de su economía.

Estados Unidos de Norte América, pertenece, en lo que a derecho se refiere a una familia jurídica denominada *Common Law*, cuya característica principal consiste en que para la solución de conflictos se acude a la aplicación de los *Precedents* o pronunciamientos judiciales que existan en casos similares. No obstante lo anterior, el sistema ha mutado desde su concepción inicial, porque si bien el precedente judicial tiene un valor importante, también existen leyes escritas y hasta una Constitución General que dispone los lineamientos del Estado.

Analizando el nombre del país, se puede inferir el mismo lo constituyen una cantidad determinada de Estados autónomos, que aceptan un poder central que los gobierna y representa internacionalmente. La importancia de lo precedente radica en la posibilidad que tiene cada Estado de establecer sus propias normas, lo que inevitablemente arroja consecuencias benéficas a cada uno de ellos, en la medida en que así se satisfacen las necesidades de manera particular, ágil y eficaz.

En lo que respecta al fenómeno societario, vale la pena destacar los importantes avances que en la materia han hecho Estados como Delaware o California, que entendiendo la relevancia del tema, decidieron estudiarlo a profundidad para así crear normativas comprometidas con la economía que en la actualidad son objeto de admiración de toda la comunidad mundial.

El sistema societario americano es más dinámico y su desarrollo se encuentra enmarcado dentro de la filosofía capitalista de la libertad de mercado. Este fenómeno presenta que las firmas comerciales americanas disfruten de una considerable mayor flexibilidad desde todos los puntos de vista, incluyendo, pero sin limitarse, su constitución, su trato impositivo, su distribución de utilidades, aumentos del capital, despido de empleados y desarrollo de nuevos productos.⁹

Es claro que USA, es la nación capitalista por excelencia, donde la propiedad privada sobre los medios de producción (tierra, trabajo, capital y tecnología), la libertad de mercado, la apertura económica y en general el libre comercio, priman sobre la intervención estatal en la economía, que solo se justifica si se presentan las denominadas fallas de mercado extensamente estudiada por la doctrina

⁹ ROBLES ACUÑA, Oswaldo. Las sociedades como vehículo económico. Cali, marzo de 2013.

económica, contemplando a los fallos en la competencia, externalidades, bienes públicos y la asimetría de información; cuatro condiciones extensamente estudiadas por la doctrina económica y denominadas genéricamente como *fallas del mercado*.

En este punto de nuestro estudio se hace necesario recordar las formas societarias más sobresalientes en el quehacer empresarial de este país.

Principales tipos societarios generales de USA.

La clasificación de las sociedades en Estados Unidos, a pesar de no compartir el mismo sistema jurídico con los países latinoamericanos, responde a los mismos criterios de diferenciación; es decir, las sociedades de capital y las sociedades de personas. Las primeras se conocen como Corporations y las segundas como Partnerships, pretendiendo brindar un mejor entendimiento al lector colombiano podemos afirmar que las Partnerships que a su vez se dividen en limited Partnerships y general Partnerships, responden las características de la sociedad de responsabilidad limitada y sociedad colectiva respectivamente, mientras que las Corporations (sin discriminar sus siglas C o S), son las conocidas en Colombia como sociedades anónimas.

Los principales tipos societarios que se encuentran dentro de la clasificación personalista son, **Limited Partnership, Limited Liability Company, Limited Liability Limited Partnership y General Partnership**. A continuación serán descritos brevemente para proseguir con el tipo societarios capitalista por excelencia.

Las **Limited Partnership** son sociedades formadas por dos o más personas en las que existe al menos un socio gestor (general partner) y otro comanditario.¹⁰ (Negrilla fuera del texto).

Este tipo es similar a las sociedades en comandita que existen en Colombia, claro está con variaciones como la pluralidad de los socios por ejemplo. En las sociedades comanditarias hay dos tipos de asociados unos poseen la administración exclusiva de la sociedad y otros no pueden administrar, pero igual participan de las utilidades que emita en cada ejercicio, no obstante la separación en una persona pueden concurrir ambas calidades al mismo tiempo. La sociedad se crea por documento de constitución que debe ser registrado ante la autoridad estatal competente, el documento debe contener: nombre de la sociedad, dirección de la oficina y nombre del apoderado que atenderá los procesos, fecha

¹⁰ HOWEL, Rate A. Business Law, Third Alternate Edition, Chicago. Pp 647.

en que la sociedad se va a disolver y demás circunstancias que los socios deseen introducir en el documento.¹¹

La **Limited Liability Company**, es un tipo societario novedoso, de creación puramente anglosajona, que otorga a sus asociados dos protecciones verdaderamente relevantes, la primera consiste en que los mismos solo responderán hasta el monto de sus aportes, y la segunda en que para este tipo de sociedades se prohíbe la doble tributación, es decir que las utilidades que arroje cada ejercicio y que sean efectivamente distribuidas, serán gravadas solo en cabeza de cada uno de los socios y no en concurrencia con la sociedad.

En especial presenta las siguientes características como relevantes: 1) Es de Responsabilidad Limitada: Para los miembros de una LLC, la responsabilidad se limita a la cantidad de capital que ha aportado el miembro de la LLC. Por lo tanto, los miembros de una LLC tienen la misma protección que los accionistas de una corporación. Los socios solo arriesgan el monto de sus aportes; 2) Régimen de Transparencia Fiscal: Es decir, las utilidades de una LLC se gravan solo una vez, Ventajas Tributarias; 3) Estructuras de Gestión Flexible y Propiedad Flexible: Las LLC son generalmente libres para establecer la estructura de organización que acuerden sus miembros, y; 4) Deben formular una solicitud ante la autoridad competente en la que manifiestan su voluntad de ser considerados como una sociedad de personas de responsabilidad limitada.¹²

En síntesis, esta sociedad se puede clasificar como híbrida, porque goza de prerrogativas propias tanto de sociedades de personas, como de sociedades de capital.

En cuanto a la **Limited Liability Limited Partnership**, es prudente destacar, que la sociedad la conforman dos tipos de socios, los primeros se consideran socios colectivos, que administran la sociedad, y a su vez responden hasta con su patrimonio por las obligaciones que contraiga la sociedad, y los segundos llamados socios de responsabilidad limitada, que realizan un aporte en dineros en bienes o en especie, responde hasta el monto de los mismos, y no tienen poder de administración salvo administración expresa.

¹¹ KANE, Daniel. Graduate Lectures in Law, Public Policy and the Business Environment, p. 4.

¹² REYES, Op. Cit., p. 95.

La **General Partnership** es el tipo menos utilizado en Estados Unidos y responde en su esencia a características bastante similares de la sociedad colectiva en Colombia, tales como administración en cada uno de los socios y responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones que ejecute la sociedad.

Es difícil determinar características comunes entre los tipos societarios personalistas, y hasta excede el objeto del trabajo, sin embargo, se observa como estos principales tipos gozan de prerrogativas y reglas especiales que gobiernan y regulan cada uno de ellos, todo en pro de otorgarle al hombre de negocios la mayor facilidad posible para la constitución y desarrollo de la actividad económica a ejecutar.

De las sociedades de capital podemos decir, que el tipo societario por excelencia en el cual el elemento relevante de asociación es el *intuitu pecuniae*, se denomina **Corporation**. Esta sociedad es muy utilizada a todo lo largo y ancho del territorio americano, en Estados como California (Que más adelante es abordado) es el tipo predilecto para la constitución y desarrollo de actividades económicas.

Definido por la jurisprudencia Norteamericana como un ente artificial que existe solo por ministerio de la ley. Es una entidad jurídica, una persona ficticia dotada de capacidad legal para adquirir y enajenar propiedades y para realizar negocios como si fuera una persona natural. Está compuesta por un número de individuos y autorizada para actuar como si ellos fueran una sola persona. Los socios individualmente considerados, son las partes constituyentes a través de cuya inteligencia, juicio y discrecionalidad la sociedad actúa.¹³

En primer lugar en cuanto a la caracterización de la sociedad es pertinente decir que su constitución a diferencia de las sociedades de personas responde a exigencias formales bien definidas, tal trámite se conoce como *incorporation*, hace referencia simplemente a la manifestación que hacen los eventuales asociados ante la autoridad competente presentando el acta de incorporación con sus respectivos artículos, evidenciando su deseo de incorporarse o asociarse.

Otros elementos que distinguen a este tipo societario son la posibilidad de crear la sociedad con duración indefinida así como con objeto social indeterminado, la prerrogativa de que tal ente nazca sin necesidad de pluralidad de asociados, la existencia obligatoria de junta directiva como órgano de dirección, la limitación de la responsabilidad de cada uno de los asociados hasta el monto de sus aportes, la libre negociabilidad de las acciones y su denominación social de identificación

¹³ Corte Suprema del Estado de Missouri, *Caso Jones vs. Williams*, Citado por: REYES, Op. cit., p. 103.

debe responder a las palabras “corporation”, “incorporated” o “company” o en su defecto a las siglas “corp”, “inc” o “co”

Estado de Delaware.

Este Estado a pesar de su corta extensión, está a la vanguardia en cuanto a derecho societario y crecimiento empresarial se trata. Ahora bien, tal modernización no es gratuita, y responde en gran parte a la forma de gobierno del país. La posibilidad de legislar internamente sin duda alguna otorga a cada uno de los Estados Americanos la facultad palpable de crear normas ajustadas a su coyuntura específica. El desarrollo societario en los EUA es de admirar, no solo por la concepción que tiene la sociedad americana sobre la inversión privada, sino porque en los EUA hay tantos congresos como Estados de la Unión y cada uno con las facultades para regular aspectos de su competencia, por ello el análisis de los tipos societarios es bastante amplio gracias a que por lo menos hay 50 ordenamientos que regulan las sociedades en Estados Unidos.¹⁴

Parece que el Estado ha interiorizado el concepto de sociedad como vehículo económico y su legislación más allá de modificar y regular aspectos formales de la misma, ha procurado por observar y posteriormente crear normativa que responda a las necesidades económicas del territorio y más específicamente a las necesidades del empresario que desea emprender su aventura económica en su plaza haciendo especial énfasis en beneficios fiscales.

Dentro del Estado de Delaware se puede constituir cualquier tipo de las sociedades generales que rigen en el territorio Norteamericano, lo verdaderamente relevante son las reglas a las cuales se deben sujetar las sociedades en este Estado, este es el aspecto atractivo de Delaware, si bien es cierto existen algunos tipos societarios híbridos especialísimos, se prefiere por ejemplo constituir una Sociedad de Responsabilidad Limitada (LLC) gozando de prerrogativas como¹⁵: Inexistencia del requisito de divulgación de nombres y domicilios del directorio inicial, tasas de constitución bajas, no existe ningún impuesto estadual a las ganancias sobre las sociedades por acciones de Delaware que no operen en Delaware, no se tiene ningún impuesto a las ventas o bienes personales, no se necesita ninguna oficina comercial, una persona física puede desempeñarse como funcionario, director y accionista de una sociedad por

¹⁴ MOLINA, Wilson. Los Diversos Tipos de Sociedades Mercantiles en los Estados Unidos de Norteamérica .

¹⁵ <http://www.mygconsulting.com/es/constituir-sociedades-extranjeras/delaware.html>

acciones, los accionistas pueden adoptar decisiones por escrito en lugar de celebrar reuniones formales cara a cara, proceso expeditivo de constitución, no se pagará ningún impuesto sobre las rentas, sociedades en el estado de Delaware ni federales si no se realiza ninguna actividad en los Estados Unidos, entre otras.

Las características principales del shopping legislativo de los Estados que conforman la unión que han permitido que salga ganador el Estado de Delaware son¹⁶:

- ✓ Las sociedades pueden constituirse para cualquier acto o actividad lícita;
- ✓ El Certificado de Incorporación es el documento público registrado en la Oficina del Secretario de Estado de Delaware;
- ✓ Los Estatutos son las normas de la sociedad adoptadas por los Directores que describen los procedimientos mediante los cuales debe operar la dirección de la sociedad;
- ✓ Los Accionistas son los propietarios de la sociedad, pero no la administran. En general, son los titulares de las acciones ordinarias y tienen derecho a un voto por cada acción que poseen;
- ✓ Su pluralidad mínima es de un Accionista;
- ✓ Solo se requiere un Director;
- ✓ Una persona física puede poseer todas las oficinas corporativas y ser el único Director;
- ✓ Los accionistas y Directores pueden actuar por consentimiento unánime por escrito;
- ✓ No se informan los nombres de los Accionistas, es decir, no se requiere exposición en el registro público de los nombres de los Accionistas de la sociedad;
- ✓ Los Directores administran la sociedad y son responsables de los asuntos de la misma, como la emisión de acciones, la elección de los funcionarios y la aprobación de las transacciones;
- ✓ Los Funcionarios de la sociedad son designados por los Directores y administran las actividades diarias de la sociedad, llevando a cabo las decisiones del Directorio e implementan las políticas del mismo;
- ✓ Las reuniones pueden celebrarse y los registros pueden llevarse en cualquier lugar del mundo;
- ✓ No existen restricciones en la titularidad o administración extranjera de la sociedad.

¹⁶ <http://www.tridenttrust.com/PDFs/TUSA-C-KF-S.pdf>

- ✓ Los accionistas pueden ser personas físicas o entidades comerciales de cualquier nacionalidad o domicilio.
- ✓ Con excepción de una Oficina Registrada y Agente Registrado en Delaware, no se requiere presencia física en Delaware;
- ✓ Los Estatutos de la sociedad no son asunto de registro público;
- ✓ Los registros societarios pueden llevarse fuera de los Estados Unidos;
- ✓ Como sociedad anónima incorporada dentro de los Estados Unidos la sociedad debe cumplir con los requisitos federales impositivos y de información de los Estados Unidos.
- ✓ Debe solicitarse un Numero de Identificación Tributaria Federal (“Federal Tax Identification Number”) y cada año la sociedad debe presentar una declaración impositiva al Servicio de Rentas Internas (Internal Revenue Service) de los Estados Unidos;
- ✓ No se requiere capital mínimo a fin de comenzar a operar;
- ✓ No existen requerimientos de residencia para los Accionistas, Funcionarios y Directores;
- ✓ No se gravan impuestos a las ganancias estatales para las sociedades que no operan en el estado;
- ✓ Pueden incluirse disposiciones especiales en el Certificado de Incorporación y en los Estatutos que eximen a los Funcionarios y Directores de responsabilidad personal y les brindan indemnización de Funcionarios, Directores y Accionistas.

Las cortes del Estado de Delaware demuestran un grado avanzado de sofisticación en el tema societario. La legislación de Delaware ha sido interpretada y desarrollada considerablemente, lo que implica una mayor seguridad jurídica a los empresarios.¹⁷ Tales elementos sustentan la afirmación precedente acerca del concepto de sociedad en Delaware, y presentan un modelo a seguir (siguiendo las reglas del trasplante jurídico) para aquellos países deseosos de estar a la vanguardia en la regulación societaria.

Estas ventajas en protección, flexibilidad, confidencialidad y ahorro en impuestos que el Estado de Delaware otorga ha traído como consecuencia el asentamiento de grandes empresas dentro del territorio, generando crecimiento y desarrollo en esta zona específica del país.

Estado de California

¹⁷ REYES, Op. cit., p.71.

Hace pocos años se dijo que California era la cuarta economía más poderosa del mundo, tal afirmación causó revuelo en los oídos tanto de curiosos como de estudiosos, increíble resultaba pensar que un Estado de un país, superara economías de países como Francia o Brasil. Aunque tal puesto ya no es el mismo dentro del escalafón mundial de economías florecientes, California presenta una serie de particularidades interesantes de estudiar.

Silicon Valley, también conocido como Valle del Silicio es un lugar atractivo para los empresarios, especialmente para la constitución de sedes de sus negocios, ya que ofrece ventajas como: Constitución de sociedades flexibles, fácil el acceso al capital, a los conocimientos, a la información, a la innovación y a la tecnología.¹⁸

Los empresarios han utilizado a la Corporation y a la Limited Liability Company como sus vehículos preferidos para establecer sus negocios dentro del Valle, ambas ya fueron objeto de descripción, sin embargo, vale la pena destacar la existencia del famoso *Cluster de Facto* que nació en la región, es evidente que la expresión *de facto*, elimina la posibilidad de hacer referencia al contrato de colaboración empresarial, puesto que la manifestación de voluntad está ausente, no obstante, la figura del Cluster que allí existe, es una integración de gran provecho económico para la región.

El nacimiento de esta integración considerada como Cluster, no es fortuita, por el contrario, implica años de esfuerzo, riesgo y dedicación por parte de las empresas intervinientes. Los clústers surgen como consecuencia de años grises de acumulación en trabajo cualificado y capacidad en gestión empresarial. Silicon Valley no surgió de repente cabalgando sobre economías externas, sino tras años de inversión en capital humano, fortalecimiento empresarial, formación de un mercado, todo ello bajo considerable riesgo e incertidumbre.¹⁹

En un clúster, o integración empresarial se destaca la existencia de distintos actores dentro del mismo, la industria, las instituciones financieras, las autoridades regionales, los centros educativos, las empresas de comunicación, y organizaciones de colaboración, que actúan conjuntamente, compartiendo información y procurando innovación para el provecho y progreso de cada uno de ellos. Los clústers no son visualizados como un flujo permanente de bienes y

¹⁸ <http://siliconangle.com/blog/2011/01/11/silicon-valley-turns-40-do-we-need-it/>.

¹⁹ CALLEJÓN, María. En busca de las economías externas. *Ekonomiaz: Revista Vasca de economía*, ejemplar 53, España, 2003. p.18.

servicios, sino más bien como acuerdos dinámicos basados en la creación de conocimientos, aumento en el retorno e innovación en un amplio sentido.²⁰

Dentro de las principales características benéficas que se desprenden de la existencia de un clúster, se encuentran:²¹

- ✓ Las empresas en los clústers dinámicos desarrollan estrategias y rutinas a través de la cadena de valor, engendrando nuevas capacidades en un proceso de prestigiosa *rivalidad* interna. Las empresas en clústers tienden a compartir muchas actividades mediante la *cooperación* por ejemplo, intercambio de tecnología, componentes o productos. Los clústers facilitan tanto la cooperación horizontal como la vertical (comprador-suplidor) dentro de un marco de “lenguaje común”, confianza alto capital social;
- ✓ Las empresas en clústers fuertes operan de manera más eficiente, pues se encuentran cercanos a activos especializados, suplidores y compradores con corto tiempo de entrega. Los recursos críticos y capacidades con frecuencia no existen dentro de la firma, pero son accesibles a través de los sistemas de redes dentro del clúster;
- ✓ Las empresas en los clústers pueden alcanzar mayores niveles de *creación de conocimientos e innovación*. *Excedentes* de conocimientos y una íntima interacción del día a día entre compradores, suplidores y organizaciones conducen a mejorías progresivas que a su vez son el fundamento de innovaciones técnicas (mejor producto y proceso) e innovaciones no técnicas (modelo de progreso en los negocios). Más aun, ambos tipos de innovaciones tienden a difundirse rápidamente dentro de los clústers;
- ✓ Los clústers ofrecen un ambiente donde diferentes recursos (individuos, tecnologías, capital, etc.) pueden rápidamente ser reorganizados y *reestructurados* (productos derivados, movilidad laboral transfiriendo talentos a través de organizaciones, etc.) permitiendo nuevas y mejores combinaciones económicas de talentos, capital y tecnología. La necesidad de cambiar la estrategia o “receta” de la firma puede adecuarse rápidamente en un clúster;
- ✓ La velocidad de formación de nuevos negocios tiende a ser superior en clústers dinámicos. Los principiantes dependen de la cercana interacción con

²⁰ KRUGMAN, P. 1991. *Geography and Trade*. Cambridge, Massachussets: MIT Press. Citado por: SOLVELL, Orjan. Clusters, equilibrando fuerzas evolutivas y constructivas. Ivory Tower Publishers, Suecia, 2008. p. 12.

²¹ SOLVELL, Op. cit., p.16.

los suplidores y compradores. El costo del fracaso es normalmente menor dentro de un clúster donde existen muchas oportunidades alternas;

- ✓ Los clústers en muchos casos atraen *mercados líderes especiales* en los cuales los compradores sofisticados motivan y cultivan el desarrollo tecnológico e innovador en una estrecha interacción con los suplidores.

Silicon Valley es una región dinámica y de enorme éxito caracterizada por la rápida innovación y comercialización en los campos tecnológicos de rápido desarrollo. Las industrias esenciales de la región son la microelectrónica, los semiconductores, las redes de ordenadores, hardware, software, y últimamente, la biotecnología.²²

Empresas como Google, Facebook, Microsoft, Intel, Nokia, Hewlett Packard, Toshiba y Sony, por nombrar algunas, han decidido establecer alguna de sus sedes en esta región, lo que resulta un dato no menor, por la importancia mundial que tienen estos negocios en la economía.

Silicon Valley es una región dinámica y de enorme éxito caracterizada por la rápida innovación y comercialización en los campos tecnológicos de rápido desarrollo. Gracias al avance en las políticas societarias del Estado de California, este Valle se ha considerado como una de las principales redes de capital social, centrándose en las interacciones productivas que tienen lugar entre una serie de instituciones y entidades dentro de las que encontramos: universidades famosas mundialmente conocidas por su investigación; política gubernamental de los Estados Unidos; Empresas de capital de riesgo; Bufetes de abogados; Redes de negocios; Opciones para la compra de acciones y mercado laboral.

Tanto California como Delaware, se han preocupado verdaderamente por descubrir y aplicar la verdadera teleología de los tipos societarios, los resultados de tal entendimiento saltan a la vista y trazan el camino para todos los países que tengan como objetivo reconceptualizar y redirigir el papel de las sociedades en el escenario económico de los mismos.

6.2 Caso: República Popular de China

El gigante asiático, como también se le conoce a China, cuenta con una extensión territorial importante y la mayor población mundial. Está ubicado en el este del continente asiático, gozando de una geografía privilegiada.

²² LAM, Alice. Los modelos societarios alternativos de aprendizaje e innovación en la economía del conocimiento. p. 15, Tomado de: <http://www.oei.es/salactsi/lam.pdf>

A finales de la década de los 70, China inició un proceso de reforma económica, pasando progresivamente de un sistema fundamentado en la planificación central a una economía cada vez más orientada al mercado. Estos cambios en su estructura económica han dado lugar a un enorme aumento de su PIB, convirtiendo a China en la segunda mayor economía del mundo, tras EE.UU. Este impresionante crecimiento se explica por tres factores, fundamentalmente: la exportación, la inversión extranjera y el consumo interno.²³

Desde hace más de un decenio, China se ha convertido en una de las potencias económicas del mundo, su modelo la ha llevado a competir por el primer puesto con Estados Unidos de Norteamérica y en el futuro próximo se espera que China sea la principal economía mundial sin lugar a discusión.

La República Popular de China es, desde 2008, la segunda potencia económica mundial según su PIB a valor nominal (2a según Paridad del Poder Adquisitivo (PPA) concepto que lo ha utilizado el Fondo Monetario Internacional para calcular el PIB de dos o más naciones. Hace referencia a cual sería el tipo de cambio necesario para que entre dos divisas distintas se pueda acceder a comprar lo mismo.), solo superada por EE.UU. y es el mayor exportador mundial y el segundo importador más grande de bienes. China es el país de mayor crecimiento económico mundial, con una tasa media anual de aumento del PIB, en los últimos treinta años, de más del 10%. Según un informe del organismo internacional Conference Board, si la economía China sigue creciendo en comparación al crecimiento de EE.UU. China podría tener una economía más poderosa que la de EE.UU. para el 2016²⁴

Además de sus excelsas características económicas, China cuenta con una historia reciente de organización del sistema legal bastante curioso e interesante desde el punto de vista teórico, como práctico. El país es el ejemplo de modelo comunista por excelencia, sus años de vida así lo demuestran, sin embargo, de un tiempo para acá, al menos su modelo económico ha presentado características eminentemente capitalistas, que hacen de esta nación, como ya se había mencionado, sea una de las economías más florecientes del planeta.

²³ Negocios en China: Aspectos legales y fiscales. Septiembre de 2011. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, p. 8. Disponible en: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/negocios_en_china_aspectos_legales_y_fiscales_869.pdf

²⁴ Disponible en: <http://www.expansion.com/2010/11/11/economia/1289441626.html>

La nueva ley de sociedades promulgada en el año de 2006, modificó de raíz, la manera de conceptualizar a las sociedades en China. Previo a la fecha en mención, China contaba con un sistema económico de planificación central, a través del cual las diversas actividades económicas debían ser previstas conforme a la planeación obligatoria por las empresas subordinadas a los departamentos gubernamentales. Las empresas como las unidades encargadas de la producción y la transacción, carecían de estatus económico legal independiente, así como de derechos de autonomía en operaciones mercantiles y de libre transacción. De esta manera conforme a este sistema de planeación, no había lugar para un marco jurídico autónomo de las actividades económicas.²⁵

Como respuesta a lo anterior, y entendiendo la importancia de flexibilizar su modelo societario, China expide la nueva ley de sociedades, introduciendo en ella normas tendientes a favorecer la constitución de sociedades, así como a la actividad económica propiamente dicha sobre la forma en la que tal se desarrolla. Entre sus importantes modificaciones se encuentra la posibilidad de constituir sociedades de capital de una sola persona, prerrogativa que a pesar de sus críticas parece haber traspasado fronteras mundiales.

Entre las principales innovaciones que introdujo la ley se puede mencionar, que se reducen significativamente los altos requisitos de capital mínimo exigidos para estructurar una sociedad, se refuerza el principio de la autonomía de la sociedad fortaleciendo el efecto voluntario de los estatutos, protege efectivamente los intereses de los accionistas, mejora la estructura administrativa corporativa, añade libertad para el reparto de dividendos, que en otrora tenían que estar forzosamente vinculado a la cuota de capital ostentada, de igual manera introduce las disposiciones de acciones acumuladas, la representación de accionistas en litigios y otorga mayores responsabilidades legales a los administradores, implantando normas para proteger a los accionistas ante las malas prácticas de los administradores.²⁶

Es así como China se convierte en un caso “sui generis” de estudio, ya que pese a su sistema de gobierno, su economía ha privilegiado la expansión de mercados contando con el aporte invaluable de una modernización de las sociedades en el país. En China, quizás no se encuentra de manera expresa y clara, como por ejemplo se encuentra en Colombia, la clasificación de los tipos societarios, sin

²⁵ La Constitución del Sistema Legal Chino, en el marco de la Economía del Mercado. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/12.pdf>

²⁶ ROBLES, Op.cit., p.11.

embargo es pertinente mencionar las principales formas que adoptan la mayoría de negocios que se desarrollan en dicha nación.

Principales tipos societarios de China

Antes de entrar a abordar los tipos societarios es relevante mencionar el hecho de que en el año de 2001 China entro a ser parte de la OMC (Organización Mundial del Comercio), razón por la cual el abanico de posibilidades de realización de negocios se amplió significativamente y es esta una de las grandes razones, para que hoy China cuente con una diversidad importante para hacer negocios dentro del país.

Una sociedad en China es aquella que se establece por personas físicas, morales, u otras organizaciones.²⁷ Dentro de los principales tipos societarios se encuentran, **la sociedad especial colectiva, la sociedad en comandita, la sociedad de responsabilidad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.**

En su esencia los tipos societarios responden a los mismas características generalmente aceptadas por los países que los contemplan, es decir, **la sociedad especial colectiva** es la sociedad de personas por excelencia, compuesta por socios generales que pueden ser personas físicas, morales u organizaciones, respondiendo solidaria e ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad, **la sociedad en comandita** integrada por socios gestores y comanditarios, el gestor, tiene responsabilidad ilimitada y solidaria, y el comanditario, asume una responsabilidad proporcional a su suscripción.²⁸, **la sociedad de responsabilidad limitada** compuesta por un máximo de 50 asociados con un capital mínimo de 30.000 yuanes. Los socios responden hasta por el monto de su aporte, dentro de los órganos sociales de dirección y representación se encuentran la asamblea de accionistas, el consejo de administración, el gerente y la Junta de supervisores, **la sociedad anónima**, es el tipo capitalista más destacado, deben estar compuestas por dos o más socios con domicilio principal en China, así como el capital mínimo de constitución deben ser de 5 millones de yuanes.

Sin embargo, el tema más llamativo de China en cuanto a derecho societario se trata, son las diversas formas que pueden adoptar la inversión extranjera en la

²⁷ CHEN SU. La Construcción del Sistema Legal Chino, en el marco de la Economía de Mercado. p.22. disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/12.pdf>

²⁸ Sección internacional China. Disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/PAISES/CHINA.htm>

materialización de sus negocios, tras su incorporación a la OMC en 2001, China ha realizado numerosos cambios en su legislación comercial para adaptarse a las normas de la Organización. Diversos sectores económicos y algunas industrias se han abierto gradualmente a la inversión extranjera.²⁹

Las principales formas societarias que adoptan los negocios en China son: **Las oficinas de representación, las empresas de propiedad exclusivamente extranjera (EPEE), los joint ventures (JVs), las empresas comerciales de capital extranjero (FICE).**

Oficinas de representación

Básicamente esta forma societaria carente de personalidad jurídica hace las veces de representante de la empresa extranjera en China, en virtud de lo anterior la oficina de representación está habilitada para realizar actividades sin ánimo de lucro tales como estudios de mercado, presentaciones y actividades publicitarias relacionadas con sus productos o servicios, y actividades de coordinación relativos a la venta de sus productos, la prestación de sus servicios y el abastecimiento y las inversiones locales. Con carácter general, las oficinas de representación tienen prohibido realizar actividades lucrativas.³⁰

Al respecto también es conducente mencionar que no necesita acreditar un capital inicial de constitución, que puede contratar sus empleados, y que su proceso de apertura no tarda más de dos meses en condiciones normales, razón por la cual esta es la forma más ágil y expedita de iniciar el acercamiento al escenario comercial de China

Empresas de propiedad exclusivamente extranjera

Esta forma jurídica busca establecer un negocio con capital enteramente extranjero, bajo control total foráneo, sin participación y/o propiedad china alguna. En este punto resulta útil mencionar algunas reglas acerca de la inversión extranjera en China, como el denominado Catálogo de Inversiones.

El Catálogo clasifica los proyectos de inversión extranjera en prohibidos, restringidos o incentivados. Los proyectos correspondientes a la categoría de “autorizados” no se incluyen en el Catálogo. Normalmente, los proyectos

²⁹ Negocios en China: Aspectos legales y fiscales. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, p. 9. Disponible en: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/negocios_en_china_aspectos_legales_y_fiscales_869.pdf

³⁰ *Ibidem*.

incentivados corresponden a inversiones en alta tecnología y nuevas tecnologías, así como en energía y ahorro de materiales. La categoría restringida se refiere a proyectos de inversión en los que se utiliza tecnología obsoleta, que son perjudiciales para el medio ambiente o que afectan a sectores protegidos. Los proyectos que representen una amenaza para la seguridad nacional, que sean contrarios al interés público o que resulten perjudiciales para el medio ambiente están prohibidos para la inversión extranjera.³¹

Se hizo necesario hacer esta precisión, en la medida en que esta forma societaria, tiene un campo de desarrollo limitado, por ejemplo en el tema industrial donde algunas actividades solo están permitidas para ser desarrolladas por Joint Ventures. Su capital mínimo de constitución es de USD 140.000, la responsabilidad de los partícipes es limitada a sus aportes, entre otras, porque esta figura existe prácticamente para ser creada por medio de la sociedad de la sociedad de responsabilidad limitada.

Si bien en teoría es posible que se constituya como una sociedad cotizada de responsabilidad limitada (por medio de emisión u oferta pública de acciones), la WFOE existe prácticamente sólo en forma de sociedad de **responsabilidad limitada**. Probablemente los inversores extranjeros prefieran esta opción porque los requisitos de capitalización son menores.³²

Entre otras ventajas que ofrece la constitución de la figura, se encuentran, la posibilidad para el inversor extranjero de no compartir su tecnología, su conocimiento específico e información sensible de negocios con terceras partes, la alternativa de evitar desacuerdos con un socio local así como la contemplación de distintas clases de aportes, no solo los estimables en dinero.

Joint Ventures

Típicamente es conocido como un contrato de colaboración empresarial, consistente en el emprendimiento de una aventura conjunta entre un extranjero y un nacional chino. Esta figura ha sido la más utilizada por los inversionistas extranjeros para desarrollar negocios en China, no por elección precisamente, sino más bien por imposición. Si bien es cierto que China ha abierto sus puertas al extranjero, aún persisten muchas actividades que exigen la participación nacional

³¹ Ibídem.

³² Como constituir una sociedad en China la WFOE. Disponible en: http://www.sidley.com/files/Publication/a661239c-feb9-4f4a-a6b31d5ff8244637/Presentation/PublicationAttachment/dcb0b864-a648-41ad-bfcf-1e3990cf057b/Como%20constituir_Emch.pdf

en su desarrollo, motivo por el cual los Joint Ventures constituyen la manera más amplia de actividad aunque restringida en su creación.

Existen dos tipos de sociedades conjuntas, la Empresa mixta de participación societaria (EJV; Equity Joint Venture), y la Empresa mixta contractual (CJV; Contractual Joint Venture). Ambos instrumentos de inversión necesitan la redacción y acuerdo mutuo de un contrato de JV entre el socio extranjero y el socio chino, con la especificación detallada de las responsabilidades, los derechos y los intereses de cada socio. Mientras que en la EJV los factores anteriores se reparten mediante un coeficiente de la participación en el capital, en la CJV la decisión de reparto se deja a criterio de los socios.³³

Empresas comerciales de capital extranjero

Las FICEs (Foreign Invested Commercial Enterprises) son empresas de distribución, mayorista y minorista, dentro de China. Están autorizadas a establecer libremente sus propias tiendas, así como a franquiciar su negocio a terceros. Existen dos tipos de FICEs: a) Empresa comercial minorista de capital extranjero: venta al por menor de mercancías, importación de mercancías para su propio uso y adquisición de productos chinos para su exportación y, b) Empresa comercial mayorista de capital extranjero: venta de mercancías al por mayor y agencias comisionistas. Pueden realizar las siguientes actividades: agencia comisionista, venta minorista, venta mayorista y franquicia. Actualmente, es posible ampliar el objeto social de estas empresas al de comercio exterior (importación y exportación). Así mismo, la potestad para registrar la mayor parte de empresas comerciales con capital extranjero queda transferida a las autoridades de nivel provincial.³⁴

Lo anterior evidencia una postura clara de China frente al Comercio y la economía de su país. El país comprendió que uno de sus sectores de mayor desarrollo era la inversión extranjera, por tanto, implementó acertadamente una serie de figuras tendientes a favorecer, flexibilizar y promover la inversión foránea en su país, los resultados son contundentes. En 2010, la inversión extranjera directa en China superó por primera vez los 100.000 millones de dólares estadounidenses, y la inversión extranjera de las empresas chinas en sectores no financieros era de 47.560 millones a diciembre de ese año.³⁵

³³ Modelos de negocio en China. Disponible en: <http://www.casaasia.es/pdf/11209105651AM1231754211555.pdf>

³⁴ ROBLES, Op. cit., p.18.

³⁵ GONCALVES, Op. cit., p. 9.

7. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO

Concebir a las sociedades como un vehículo jurídico disponible para la realización de negocios es quizás uno de los fines más importantes de la flexibilización del derecho de las sociedades, para alcanzar tal objetivo se hacen necesarias una serie de modificaciones tendientes a modernizar y adecuar la figura de la sociedad a las exigencias económicas contemporáneas. Pues bien, la tendencia se ha expandido por todas las naciones y promete revolucionar la idea que hasta el momento se ha tenido del papel de la normativa societaria en los países.

El importante rol que tienen las sociedades en el escenario económico no se discute, no solo Latinoamérica así lo entiende, la mayoría de culturas sin importar la familia jurídica a la que se pertenezca comparte la misma apreciación. Las sociedades mercantiles constituyen un pilar para el fortalecimiento de Europa. El crecimiento económico y el empleo dependen fundamentalmente de la salud del sector privado. Por ello, la armonización de las normas de Derecho Societario, especialmente en lo que se refiere al gobierno corporativo, contabilidad y auditoría de empresas, es esencial para mejorar el funcionamiento del mercado interior.³⁶

La más simple definición de flexibilización nos remite a entenderla como el grado de adaptación a las exigencias del entorno, aunque tal definición general alcanza a otorgar cierto grado de certeza en la comprensión del concepto, la flexibilización societaria es más compleja y en el fondo plantea un conflicto entre el derecho público y derecho privado, tema que ya fue abordado previamente, sin embargo para el caso las palabras del profesor De Castro son bastante pertinentes, “La concepción liberal de la autonomía de la voluntad hizo pensar.., que ella supone entregara los particulares una “reserva de caza” , “una zona protegida” en la que el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer... si ello es así, los poderes públicos no tendrían que intervenir para nada en esa zona privada, en tanto no se toque a la esfera de los público”.³⁷

³⁶ Invirtiendo en Europa: Modernización del derecho de sociedades en Europa. Disponible en: http://www.avrio.org/uploads/media/EUROLAW_N_2_Spanish.pdf

³⁷ DE CASTRO, F. 1972, 1051. Citado por: NAVARRO MATAMOROS, Linda. Intentos de flexibilización y nueva tipificación del derecho societario español como medidas de adaptación a las nuevas tendencias del ámbito europeo. Cuadernos de la maestría en Derecho, Agencia regional de ciencia y tecnología. España. 2008. p. 193.

La anterior constituye uno de los grandes desafíos al que se enfrenta la postura flexibilizadora, tal consiste en el enfrentamiento con la norma rígida expedida por el legislador, reguladora en muchos casos de las relaciones privadas.

Es conducente anotar, que la flexibilización o modernización como también en algunos países se le llama, si bien expone la necesidad de ponderar la autonomía de la voluntad en la creación y conformación de sociedades, en ningún momento pretende apartarse de la ley, mucho menos desconocerla, por el contrario exige actualizarla y girar su funcionamiento en el amparo de principios del derecho preestablecidos. En el derecho societario, el orden público que debe ser respetado, deriva más que de normas del derecho positivo, de principios generales, como son: igualdad entre los socios, proporcionalidad, respeto de los derechos individuales, interés común de la sociedad entre otros.³⁸

Dentro de un espectro más claro y detallista, es útil mencionar algunos ejemplos que se consideran exponentes de flexibilización en algunas naciones en particular, la **Sociedad Limitada Nueva empresa** en España, la **Pequeña Sociedad por Acciones** de Alemania y la **Sociedad por Acciones Simplificada** de Francia, entre otras, constituyen ejemplos del claro interés por modernizar, agilizar, y posibilitar efectivamente el acceso a los tipos societarios.

La Sociedad Limitada Nueva Empresa (España):

La SLNE es un tipo societario, introducido en la legislación española, que responde en su esencia a las directrices de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (la responsabilidad está limitada al capital aportado), con algunas variaciones importantes tendientes facilitar el acceso a la figura. Entre sus principales características se encuentran:³⁹

- ✓ Es una especialidad de la Sociedad Limitada, por lo tanto, su capital social está dividido en participaciones sociales y sus socios no responden personalmente de las deudas sociales.
- ✓ Tiene duración ilimitada.

³⁸ Las sociedades comerciales de cara a los nuevos tiempos. Disponible en:

http://www.puelloherrera.com/pdf/Las_Sociedades_Comerciales_de_Cara_a_los_Nuevos_Tiempos.pdf

³⁹ La sociedad limitada nueva empresa. Disponible en:
http://www.creacionempresas.com/index.php?option=com_content&id=617&Itemid=563&limitstart=1

- ✓ El número máximo de socios, en el momento de la constitución, es de cinco, que han de ser personas físicas. Se permite la Sociedad Limitada Nueva Empresa unipersonal.
- ✓ La cifra mínima de capital es 3.012 euros para el 2013, que deberá desembolsarse mediante aportaciones dinerarias. La cifra máxima de capital es de 120.202 euros para el 2013.
- ✓ El objeto social es genérico para permitir mayor flexibilidad en el desarrollo de actividades empresariales sin necesidad de modificar los estatutos de la sociedad, si bien se da opción a los socios de establecer, además, una actividad singular.
- ✓ La denominación social se compone de los apellidos y el nombre de unos de los socios más un código alfa-numérico único (ID-CIRCE) lo que permite su obtención en 24 horas.
- ✓ Podrá utilizar unos estatutos sociales orientativos, lo que facilitará la constitución de la sociedad en 48 horas, ya que se reducen los tiempos de notario y registradores a un máximo de 24 horas cada uno. Los estatutos reúnen todos los datos requeridos por todas las partes intervinientes.
- ✓ Los órganos sociales son muy sencillos: una Junta General y un Órgano de Administración unipersonal o pluripersonal que en ningún caso adoptará la forma y el régimen de funcionamiento de un Consejo de Administración.
- ✓ Pueden continuar operaciones en forma de S.R.L. requiriéndose sólo el acuerdo de la Junta General y la necesaria adaptación de los estatutos sociales, o transformarse en otra forma societaria. Estos acuerdos deben elevarse a público ante notario e inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente.
- ✓ Posibilidad de realizar los trámites de constitución y puesta en marcha por medios telemáticos, evitando desplazamientos al emprendedor y un ahorro sustancial de tiempos y costes, mediante el Documento Único Electrónico (DUE).
- ✓ Posibilidad de optar por un procedimiento presencial, pero con los mismos tiempos de respuestas de notarios y registradores, siempre que se opte por la utilización de unos estatutos sociales orientativos.

Revisadas las características previamente mencionadas se concluye que este tipo societarios además de contribuir enormemente a la creación de pequeña y medianas empresas, constituye una interesante aproximación a la flexibilización de las figuras de que trata el presente trabajo.

La Pequeña Sociedad por Acciones (Alemania):

Este tipo societario es de magna importancia en el proceso de modernización del derecho de las sociedades alemán, más allá de evaluar su éxito, que por demás

no ha sido el esperado, la legislación alemana sentó un invaluable precedente en el año de 1994 al introducir al ordenamiento una modalidad simplificada de un tipo ya existente como lo es la sociedad anónima.

Pese a la importante tarea de flexibilización que desempeña la pequeña sociedad por acciones, ésta ha alcanzado un dudoso éxito. No obstante, sus perspectivas eran positivas ya que pretendía dar cabida a las medianas empresas constituidas tradicionalmente bajo la forma de SRL, facilitando su transformación en pequeñas sociedades anónimas y aligerando las rigideces que imponía la figura de la clásica SA. En este sentido se procedió al reconocimiento legal de la junta universal y a la simplificación de trámites respecto a la convocatoria de la junta general, por medio del envío de cartas certificadas. Además, se admitió la posible fundación de una SA unipersonal, y la supresión del depósito del informe de fundación realizado por un experto independiente de la Cámara de Comercio e Industria correspondiente al domicilio de la sociedad. Se planteó, de igual forma, la posibilidad de no documentar notarialmente los acuerdos rutinarios adoptados en la junta que no se refirieran a la modificación de los estatutos, al aumento y reducción de capital, a la disolución, fusión, escisión o transformación; asimismo, se produjo un importante fortalecimiento de la autonomía de la voluntad en lo relativo a la aplicación del excedente del ejercicio.⁴⁰

Dentro de las principales novedades que ofreció la figura se puede decir que, el atractivo de la *kleine AG* reside en la mayor facilidad para adquirir capital propio sin recurrir a alternativas tradicionales de financiamiento, tales como el crédito bancario. En esta forma asociativa también se libera la estructura administrativa, de manera que el empresario puede deslindarse de la tradicional dependencia respecto de la junta directiva, como principal órgano administrativo de la sociedad. (...) la *kleine AG* puede constituirse y subsistir con un solo accionista. Entre las ventajas que puede traer la constitución de una *kleine AG* se encuentran la simplificación de las normas que regulan la convocatoria y realización de la asamblea de accionistas y la mayor autonomía frente a la utilización de las ganancias sociales⁴¹.

⁴⁰ MATAMOROS NAVARRO, Linda. Propuesta de flexibilización del derecho societario español ante los nuevos retos de la unión europea. Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20III/PUBLICACION%20C3%93N.PDF

⁴¹ ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. Sociedad por Acciones Simplificada, en *Revista de Derecho Mercantil*, volumen 8, número 1, Universidad Externado de Colombia, 2009

Como se observa este tipo societario promocionaba la formalización de los negocios en Alemania, su objetivo era facilitar a pequeños empresarios, en lo que se encuentran familias por ejemplo, la constitución legal de su actividad económica, el éxito que se esperaba no se alcanza entre otras, por lo novedosa que resultaba la figura para el momento, que generó una inevitable resistencia entre los potenciales usuarios.

La Sociedad por Acciones Simplificada (Francia):

La Sociedad por Acciones Simplificada de varios accionistas (SAS) o la Sociedad por Acciones Simplificada Unipersonal (SASU) es una de las muestras fehacientes del camino que ha tomado el derecho societario en el mundo. Varios países, entre ellos Colombia han adoptado la figura y la han introducido en su ordenamiento con modificaciones mínimas, la recepción positiva ha sido enorme en las naciones tal como lo evidencian las estadísticas y se espera aun mayor florecimiento de este tipo societario.

Entre sus rasgos característicos de este tipo francés se encuentran:⁴²

- ✓ Capital: *Capital mínimo: 1 € - Mínimo a pagar a la creación: 50%.*
- ✓ Asociados: Mínimo 1, no hay máximo.
- ✓ Calidad: Persona física o persona jurídica, No da la calidad de comerciante.
- ✓ Responsabilidad financiera: Responsabilidad limitada a la suma de las contribuciones.
- ✓ Derecho de voto: Posibilidad de crear acciones privilegiadas para derechos de voto varios.
- ✓ Derechos sobre los beneficios: Posibilidad de crear acciones privilegiadas beneficiando de derechos financieros incrementados.
- ✓ Tipos contribuciones autorizadas: Numerario, en especie, contribuciones en industria prohibidas.
- ✓ Imposición: Impuesto sobre las sociedades.
- ✓ Órganos de la sociedad: Presidente y Asamblea de los socios. Los estatutos tiene toda libertad para otros órganos (consejo de administración, consejo de vigilancia, comité estratégico, consejo consultivo, comité de remuneraciones, etc.).
- ✓ Ventajas generales: Muy flexible de funcionamiento, posibilidad de hacer a medida en la repartición de los beneficios, votos y poderes, facilidad de cesión de acciones, Imagen moderna y fácil de dejar entrar partners en el capital.

⁴² SAS: Sociedad por Acciones Simplificada. Disponible en: <http://www.informacion-francia.com/if/sas-sociedad-acciones-simplificadas/>

Las anteriores son manifestaciones reales que han realizado esos tres países para conseguir el objetivo de flexibilizar el marco societario de sus naciones, más allá de medir el éxito o fracaso de las figuras, lo verdaderamente importante es el entendimiento que Francia o Alemania ha tenido del derecho de las sociedades en su relación importante con la economía.

El informe Winter⁴³, publicado por la Comisión Winter en abril de 2002, es decir, hace más de diez años evidenció la necesidad de actualizar la normatividad societaria dentro del marco de la Unión Europea planteando entre otras las siguientes propuestas:⁴⁴

- ✓ Formulación de los deberes de información materia de gobierno corporativo;
- ✓ Fortalecimiento del papel de los administradores externos independientes, especialmente en lo que se refiere a materias en las que los administradores internos se encuentran en situación de conflicto de intereses (nombramiento y remuneración de los administradores, auditoría de cuentas, etc.);
- ✓ Establecimiento de un adecuado régimen de remuneración de los administradores, exigiendo la prestación de información relativa a la política de remuneraciones, la remuneración individualizada, la necesidad de aprobación por los accionistas de los sistemas de remuneración a través de acciones u opciones sobre acciones y la contabilización de esos sistemas;
- ✓ Consagración, como norma de derecho comunitario, de la responsabilidad colectiva de los miembros de los órganos colegiados por las informaciones de carácter financiero y no financiero proporcionadas por las sociedades;
- ✓ Creación de un régimen jurídico integrado que permita un efectivo ejercicio de los derechos del accionista a la información, comunicación y participación en las decisiones de la sociedad a nivel transfronterizo, haciendo uso, cuando sea posible, de las modernas tecnologías;
- ✓ Ofrecimiento de mecanismos eficientes de reestructuración transfronteriza y movilidad de las empresas;
- ✓ Exigir que los Estados miembros establezcan sistemas de registro electrónicos para sociedades cotizadas;
- ✓ Introducción de un régimen marco en lo relativo a un derecho especial de investigación de los socios minoritarios;

⁴³ El informe fue elaborado sobre la base de las observaciones, sugerencias y recomendaciones formuladas por empresas, asociaciones empresariales y profesionales, institutos y agencias públicas, universidades, profesionales y organizaciones no gubernamentales.

⁴⁴ El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa. Disponible en: <http://www.academiacarceller.net/apuntes/xbrl/digital/winter.pdf>

- ✓ Introducción de un régimen marco en lo relativo a la gestión negligente desarrollada por administradores y administradores ocultos;
- ✓ Revisar la viabilidad del establecimiento, de sanciones por prácticas ilícitas de los administradores, de la inhabilitación para ejercer como administrador;
- ✓ Revisar la posibilidad de introducir una alternativa a las reglas de formación y mantenimiento del capital social;
- ✓ Crear una norma marco relativa a grupos de sociedades que permita, al nivel de las filiales, la adopción de políticas coordinadas de grupo, con la debida protección de los acreedores y accionistas;
- ✓ Prohibición de admisión a negociación en bolsa de las acciones de las sociedades de mera tenencia cuyo patrimonio único o principal consista en participaciones en otras sociedades cotizadas, como forma de restringir la utilización de estructuras piramidales, excepto en caso de especial justificación económica.
- ✓ Simplificación para la eliminación de las formalidades superfluas;
- ✓ Introducción de derechos de exclusión, amortización o compraventa compulsiva de acciones en los casos de adquisición de participaciones claramente dominantes (entre 90% y 95%);
- ✓ Analizar la necesidad de crear otras formas de organización empresarial europeas;
- ✓ Establecer deberes de información para todas las entidades que gocen de beneficios de la responsabilidad limitada.

Si bien es cierto que las anteriores recomendaciones se realizaron específicamente para la comunidad Europea, y obviando que su realidad económica, social, y cultural dista mucho de la colombiana por ejemplo, constituyen interesantes acercamientos a la flexibilización del derecho societario, y más allá de solicitar un trasplante jurídico de las mismas en nuestra regulación acerca de sociedades, si resulta importante analizarlas y observar cual es el camino que han tomado algunas naciones en el tema, para estudiar la posibilidad de algún día acompañarlas en ese trayecto tan prometedor.

7.1 Hacia un nuevo enfoque del derecho de las sociedades

Como se ha visto, el enfoque moderno de las sociedades, ya inició con algunas propuestas, integraciones y manifestaciones como se ha visto, sin embargo, el mismo supone una reforma estructural necesaria para lograr la verdadera configuración de una regulación societaria actualizada. Las propuestas deben siempre partir del reconocimiento que la realidad empresarial, la latinoamericana se destaca por una red numerosa de medianas y pequeñas empresas. En consecuencia, la reforma debe apuntar a generar, en lo que corresponde al ámbito

societario, una normativa fundamentalmente dispositiva que aliente la competitividad de las empresas y facilite su financiación.⁴⁵

La precedente constituye en resumidas palabras el norte del derecho societario, al menos en América Latina.

Ahora bien, este nuevo enfoque no es gratuito y tiene su cuna de nacimiento especialmente en la globalización, que ha transformado el panorama económico y legal de las naciones. Tanto la teoría subjetiva del estudio del derecho comercial como la posterior teoría objetiva en la modernidad han perdido vigencia, gran parte por la importancia que ha tomado la empresa dentro de la vida económica de las naciones.

En nuestros días la empresa capitalista ha sabido incorporar en sus formas las fuerzas de trabajo y de capital, que sus diversas fórmulas jurídicas representan las diversas combinaciones de estos factores y que estas condicionan el perfeccionamiento y desarrollo, que la potencialidad económica de nuestra época se reflejan en la empresa que viene a ser un exponente del progreso económico, que ha devenido en el personaje central de la economía y del derecho de nuestro tiempo y que el derecho mercantil ha dejado de ser el derecho de los comerciantes o de los actos de comercio, para transformarse en el derecho de la empresa.⁴⁶

Dentro del panorama económico mundial quizás una de las transformaciones más importantes ha sido la posibilidad de celebrar Tratados de Libre Comercio con otras naciones, ya que acuerdos de este tipo incentivan la economía y propulsan el desarrollo. El doctor Rodríguez – Jaraba se refiere al respecto expresando que “Los TLC, movilizan a las naciones, las obligan a elaborar inventario de sus falencias y debilidades, así como a confrontar sus capacidades y fortalezas, todo, en busca de mayor competitividad...De hecho, el libre comercio y el arribo de inversiones, productos y servicios extranjeros, modifica el entorno comercial, reduce los ingresos fiscales, crea competencia abierta, conmociona la estabilidad económica, y sobrecoge a la industria doméstica”.⁴⁷

⁴⁵ Las transformaciones en el derecho societario. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlastransformaciones.pdf>

⁴⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, 7ª. Ed. Porrúa, S.A., México, 2001, p. 962. Citado por: CASTRILLÓN y LUNA, Víctor M. El derecho mercantil ante los retos de la globalización. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2006. p. 30.

⁴⁷ Rodríguez – Jaraba, Rafael. Los TLC no hacen ricos a los pobres. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/los-tlc-no-hacen-ricos-pobres/337635-3>

Es claro que la celebración de un Tratado de esta estirpe, supone una serie de importantes modificaciones en política y en normativa interna de los países con el fin de afrontar el reto de la manera más adecuada posible, fin en ultimas de la flexibilización dentro el espectro comercial

El profesor Japonés Taku Okabe se refirió al Acuerdo de Asociación Económica celebrado entre México y Japón en este sentido, “Los propósitos del mismo acuerdo son promover la liberación del comercio e inversión, así como el flujo libre de personas para objetivos de negocio entre ambos países. También intenta promover una cooperación económica, la cual incluye la política de competencia, el mejoramiento del ambiente de negocios y la cooperación bilateral en el área tanto de educación profesional y entrenamiento, como en la de soporte para las pymes (pequeñas y medianas empresas).El propio acuerdo contribuye a la complementariedad entre ambos países y fortalece las relaciones económicas bilaterales. Y como se aclara en los motivos del acuerdo, se espera un mayor flujo de la inversión extranjera, de lo cual se encargarán, en su mayor parte, las actividades empresariales tanto de México como de Japón”⁴⁸.

Todas las vicisitudes anteriormente presentadas, manifiestan la obligación que recae en cada país de actualizarse en materia del derecho de los negocios, especialmente en el tópico societario, ya que las actividades empresariales de nuestros días están desarrolladas por medio de la forma jurídica societaria, sobretodo de la sociedad anónima, la cual es representativa de las sociedades de capital. Con esta forma se benefician más al utilizar la personalidad jurídica que ofrece la sociedad y separar el patrimonio de los socios del de la propia sociedad, por lo cual se goza de responsabilidad limitada, y también por razones en materia de impuestos.⁴⁹(subrayado fuera del texto).

Este nuevo enfoque que se expone busca en esencia apartarse un poco de la concepción legalista del derecho de las sociedades e introducirse en el ámbito privado de lleno, donde la disposición, la autonomía y la libertad contractual constituyen los pilares más importantes para poder afrontar con solvencia y suficiencia los retos y desafíos económicos que existen por estos tiempos de desarrollo y globalización.

⁴⁸ OKABE, Taku. Reforma del derecho mercantil de Japón y la posibilidad de expansión de las actividades empresariales mexicanas. Universidad de Guadalajara. Carta económica regional. Año 18. Núm. 95 ene – mar. México. 2006

⁴⁹ Ibidem.

7.2. La flexibilización del derecho societario en Colombia

Anteriormente se analizó de manera general el concepto de flexibilización y algunos casos puntuales que constituyen ejemplos prácticos de la modernización del derecho societario, en esta oportunidad se estudiará lo ocurrido en Colombia frente a esta postura contemporánea llamada a transformar las sociedades.

Colombia no ha sido impermeable a la tendencia flexibilizadora de la normativa societaria, de hecho, ejemplos como la posibilidad de subsanar las causales rígidas de disolución de las sociedades contempladas en el artículo 218 del Código de Comercio, evidencian que el propio legislador de 1971 incipientemente contemplaba la posibilidad de otorgarle a la norma positiva cierta maleabilidad con el fin de preservar el contrato social.

Desde antes de la Ley 222 de 1995 se pueden identificar varios eventos de unipersonalidad y flexibilización societaria en Colombia. El Artículo 218 del Código de Comercio consagra las causales generales de disolución de las sociedades. En su numeral 3 preceptúa: “Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento o por aumento que exceda el límite máximo fijado en la misma ley” . A su vez, el Artículo 220 indica que la causal contenida en el numeral 3 del Artículo 218 es subsanable siempre que los asociados adopten las modificaciones del caso, según las reglas prescritas para las reformas, y que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses (hoy 18 meses) siguientes a la ocurrencia de la causal. Por tanto, a las sociedades se les permite existir con un solo asociado hasta por un término de seis meses (hoy 18 meses), y aquí el legislador no ve inconveniente a la excepción a la regla del Artículo 98 del Código de Comercio.⁵⁰

Previo a la expedición de la ley 222 de 1995, que como ya se verá más adelante en esta investigación, marca el primer precedente contundente de flexibilización en Colombia, el legislador estableció en la ley 142 de 1994 otra manifestación de pertinente mención dentro del marco de la distensión de la regulación en el tema.

La Ley 142 de 1994 en el capítulo I, denominado “Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos”, creo una sociedad específica para la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El Artículo 17 de la citada ley las define

⁵⁰ NIETO NIETO, Norma e ISAZA RAMÍREZ Esteban. Flexibilización societaria. Un acercamiento a la Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la intervención de la Superintendencia de Sociedades. Revista. FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 40 No. 112. Medellín, Colombia. 2010. p. 47.

como *sociedades por acciones*, cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios públicos, sujetas a intervención y vigilancia especiales por parte del Estado. Para estas sociedades, el legislador crea algunas flexibilizaciones: el término de duración puede ser indefinido; la constitución puede hacerse por escrito privado; al momento de su constitución pueden definir libremente la parte del capital autorizado que se suscribe y las acciones que deberán pagarse en el momento de la suscripción, así como el plazo para la financiación; la causal de disolución por concentración del 95% o más del capital en un solo accionista no se aplica; la disolución no impide desarrollar el objeto social, como ocurre con las demás sociedades comerciales, en virtud del Artículo 222 del Código de Comercio.⁵¹

No obstante las emergentes demostraciones de flexibilización descritas previamente, el camino desregulatorio lo componen verdaderamente la ley 222 de 1995, la ley 1014 de 2006 y la ley 1258 de 2008, normas que más adelante se analizarán, así como la evolución positiva que ha tenido el concepto de sociedad en Colombia.

Ahora bien, los retos en cuanto a derecho societario se trata son enormes, no basta con lo que hasta ahora se ha conseguido, es necesario seguir avanzando, para lograr concebir a las sociedades como vehículos económicos verdaderamente influyentes en la economía del país, temas como la eliminación de formalidades, la responsabilidad limitada, la delegación de la administración y la existencia de la personalidad jurídica son de obligatoria actualización.

El desafío que nos presenta el nuevo rumbo de la economía exige crear una legislación que nos permita mantener la especialización del mercado fracturando el impacto negativo de la teoría de la especialidad - Tesis de ultra vires, estructurar formas de constitución electrónica de las sociedades, luchar por una Jurisdicción especializada, por la homogenización del régimen de sociedades cerradas, desde la simplicidad, por la implementación de la competencia legislativa entre los departamentos y por una mayor eficiencia de los mecanismos de publicidad y registro.⁵²

Las anteriores características son propias de modelos modernos del vivir societario, algunas de ellas ya están siendo estudiadas por los competentes para el tema, tal es el caso de la actualización en constitución, publicidad y registro de

⁵¹ Ibidem.

⁵² ROBLES, Op. cit., p. 52.

las sociedades⁵³, otras como la homogenización del régimen de sociedades cerradas pareciera no encontrarse dentro del itinerario del legislador. Sin embargo a lo largo de los años se han presentado aciertos en la materia, privilegiando el entendimiento del carácter supletivo de la norma societaria y la libertad contractual.

La evolución del concepto de sociedad, la ley 222 de 1995, la ley 1014 de 2006, la ley 1258 de 2008 y la ley 1429 de 2010 constituyen verdaderos aportes que el derecho le ha otorgado a la economía del país directa o indirectamente, además (salvo la ley 1429 de 2010) de exhibir una postura transformadora de la normativa de las sociedades.

7.2.1. Concepto de sociedad en Colombia

En este capítulo se realizará un análisis sobre el concepto de sociedad en Colombia, y la relevancia de su evolución en el paso de los años.

El derecho comercial es quizás el más dinámico de todas las ramas o especialidades del derecho, esta es una vertiente que toma su sustento en el mundo de los negocios y por tanto su actualización normativa es constante, sobre todo en los últimos años.

*“Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”.*⁵⁴ Así reza el Código de Comercio Patrio en su artículo 98. Tal definición de sociedad, que nace a la vida jurídica de Colombia en el año de 1971, es producto de la influencia Romano-Germánica y más recientemente de la legislación francesa que expresa en su artículo 1832 del Código Civil que la sociedad es un contrato.

Esta tesis contractualista ha sido la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de los años, circunscribiendo a la sociedad como un contrato sujeto a la normatividad mercantil. Tal concepción la ratifica el Doctor Martínez Neira, al afirmar que “El derecho de las sociedades es ante todo derecho contractual societario, como quiera que el acuerdo que da origen a esta asociación

⁵³ En el mes de febrero de 2010 se creó la posibilidad de obtener el Certificado electrónico, en junio del mismo año se aprobó la constitución automática y remota de SAS, un mes después en julio, se posibilitó la inscripción electrónica de actas, posteriormente en agosto se estableció la constitución electrónica de SAS y en el mes de septiembre de 2010 se determinó la constitución electrónica de sociedades de la Ley 1014 (sociedades empresariales).

⁵⁴ Decreto 410 de 1971, Código de Comercio de Colombia Art. 98.

se tipifica como un acuerdo de dos o más partes para constituir y regular relaciones jurídicas patrimoniales.”⁵⁵

Tal idea positivista pura de la sociedad permaneció incólume al paso de los años. En el año de 1995 con la expedición de la ley 222 de ese año, se evidenciaban los primeros pasos aunque aún ausentes de verdadera significancia, tendientes a desvirtuar la idea de la pluralidad del contrato de sociedad. La Empresa Unipersonal, constituyó en ese momento una forma deseada para la realización de negocio en Colombia, entre otras cosas, porque resultaba ser una forma más flexible para emprender aventuras económicas y por la posibilidad de que tal aventura se pudiera realizar de manera individual, sin recurrir a un acuerdo de dos o más voluntades.

Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil” ⁵⁶ (subrayado fuera del texto). Lejos de llegar a derogar tácitamente el artículo 98 del Código de Comercio, si se puede anotar que la empresa unipersonal gozó de gran aceptación entre los interesados en hacer negocios en Colombia.

El inicio de la verdadera revolución del concepto de sociedad, se presentó en el año de 2006. La ley 1014 de ese año pretendió fomentar la cultura de emprendimiento empresario, disponiendo ciertas directrices al respecto, sin embargo, ante los ojos atónitos de la comunidad se introdujo el controvertido artículo 22, que expresó: *“Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004, tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Las reformas estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.”* ⁵⁷

⁵⁵ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto; “Cátedra de derecho contractual societario”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina, Bogotá- Colombia, 2010. p. 2.

⁵⁶ Ley 222 de 1995, art. 71.

⁵⁷ Ley 1014 de 2006, art. 22.

De la disposición anterior, se deduce fácilmente que a partir de la vigencia del artículo, se podrán constituir sociedades unipersonales que cumplan con los dos requisitos exigidos por la ley. Esta norma fue un verdadero agravio para aquellos que defendían la tesis contractualista de las sociedades.

Años después, atendiendo las necesidades de flexibilización y celeridad del entorno, se promulgó en el año de 2008 la ley 1258 o ley S.A.S. Esta ley fue clara desde su primer artículo al disponer que: La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.⁵⁸ Además de lo previo, la ley con el fin de otorgar seguridad jurídica al ordenamiento dispuso que las sociedades unipersonales que se habían creado bajo el amparo de la ley 1014 de 2006, tendrían un plazo perentorio de seis (6) meses para transformarse a una sociedad por acciones simplificada.

Hasta la Corte Constitucional en una de sus sentencias, justificó la existencia de este artículo 46 de la ley 1258 ante la demanda de un ciudadano, sin mencionar la imposibilidad de constituir sociedades por acciones simplificada de una sola persona. La norma demandada recoge una típica regla de tránsito de legislación, semejante a las establecidas en otros casos en los que una determinada institución jurídica es reemplazada por otra que teniendo el mismo objeto, presenta características diferenciales, haciéndose entonces necesario normalizar las situaciones que por efecto del cambio normativo operado devienen irregulares.⁵⁹

Luego de todo lo precedente, resulta al menos responsable, reevaluar el llamado contrato de sociedad entre otros argumentos, por el manifiesto de que un acuerdo de voluntades como someramente se puede entender a un contrato, implica la existencia de dos o más sujetos, y está claro que tipos societarios como las S.A.S otorgan la posibilidad de constituir sociedades de una sola persona.

De esta manera, se podría realizar una aproximación a la definición sociedad expresando que las sociedades son entes ficticios a los que la Ley reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y que contando con

⁵⁸ Ley 1258 de 2008, Art 1.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-597 de 2010, Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad común que puede o no ser lucrativa.⁶⁰

7.2.2 Relevancia de la evolución del concepto de sociedad

El camino que ha recorrido el concepto de sociedad ha sido consecuencia directa del dinamismo necesario del derecho comercial. Este progreso es verdaderamente significativo para la actividad económica en el país, porque lo que se pretende es otorgarles a los empresarios posibilidades claras, accesibles y concretas para estructurar sus negocios.

Este nuevo enfoque de sociedad en Colombia responde a la exigencia actual de crear las normas analizando los efectos socioeconómicos que de la aplicación de ella se desprendan, más importante aún es la consideración de *Cooter y Ulen*, según la cual las normas jurídicas, en lugar de un conjunto de conceptos técnicos y misteriosos, son instrumentos para alcanzar relevantes propósitos de impacto social.⁶¹

La teoría clásica de la sociedad, argumenta que para alcanzar la existencia de la misma es necesario la celebración de un contrato solemne sometido a todas las exigencias legales para su perfeccionamiento, tal posibilidad existe en la normatividad colombiana, así, para constituir una sociedad anónima por ejemplo hay que acreditar el cumplimiento de los requisitos de validez y de fondo que para ello dispone la ley, y quizás este tipo societario sea el más adecuado para los grandes negocios rebosantes de solvencia y capital, sin embargo es razonable tener presente que las pequeñas y medianas empresas (Mipymes), en su nacimiento no gozan de esa suficiencia económica, y en muchos casos presentan grandes dificultades para cumplir requisitos de existencia o materiales (la pluralidad por ejemplo) para la constitución de una sociedad, razón por la cual la evolución del concepto de sociedad contribuye enormemente al desarrollo del microempresario en el país.

Otro argumento relevante para explicar la importancia de la actualización de la definición de las sociedades, es el papel del derecho societario en el mundo de hoy. Su enfoque proclama a la sociedad como un vehículo económico, cuyo

⁶⁰ ROBLES ACUÑA, Osvaldo. Presentación interactiva “Resumen general de sociedades” enero de 2012, Diapositiva 81.

⁶¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. “Law and Economics” Quinta edición, Boston, Pearson, 2008. p. 4. Citado por: REYES VILLAMIZAR, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Primera edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012. p. 22.

principal papel es la reducción de costos y la agilización del comercio contemporáneo.⁶²

De lo anterior se explica la posibilidad de constituir una sociedad en la cual no medie la presencia de un acuerdo de voluntades legalmente celebrado, que puede constituirse por una sola persona mediante acto único de creación, ya que contrato generalmente trae consigo unos elevados *costos de transacción y costos de mandato*, que definitivamente constituyen importantes erogaciones difíciles de sufragar para el pequeño y mediano empresario que desea emprender un negocio en Colombia.

7.3 Evolución legal de las sociedades en Colombia

El decreto 410 de 1971 introdujo el Código de Comercio en Colombia, en un intento por recopilar en un solo texto la legislación comercial hasta ese momento existente en Colombia. A partir de ese año, el Código en mención ha sufrido una serie de modificaciones importantes en cuanto a la materia de sociedades se trata. El libro segundo del articulado, dispone todo lo concerniente a las sociedades comerciales e incluso incluye al contrato de cuentas en participación, que no es un tipo societario propiamente dicho.

La ley 222 de 1995 implantó la primera gran reforma al decreto 410 de 1971 en materia societaria, tal disposición será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

La ley 1014 de 2006, como ya se había mencionado anteriormente en su esencia no pretendía modificar ningún aspecto de relevancia en cuanto a sociedades se trata, sin embargo el artículo 22 de esa ley, causó gran impacto en el escenario económico, que más adelante será estudiado dentro de esta monografía.

La ley 1258 de 2008, constituye quizás las más innovadora de las normas en derecho societario expedida en Colombia en los últimos años, creó un nuevo tipo societario de gran trascendencia económica y social que posteriormente será abordada a fondo, ya que constituye uno de los pilares en lo que se sostiene el presente trabajo de investigación.

La ley 1429 de 2010 tangencialmente hace referencia a los tipos societarios, y en la medida en que la ley ha propendido por el crecimiento empresarial del país, es objeto necesario de estudio.

Observando esta serie de normas, se encuentra que las sociedades están en constante desarrollo que se caracteriza por su flexibilización y libertades, esta

⁶² *Ibidem.* p. 25.

evolución además de favorecer al empresario colombiano, responde al fenómeno político económico y social por el cual las naciones del planeta hace ya varios años están atravesando, la globalización.

La globalización como suceso económico y social exige la acción del Derecho a través del establecimiento de reglas para la actuación global de las sociedades comerciales...la globalización no es más que un proceso dinámico de creciente liberación e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales.⁶³

7.3.1 Ley 222 De 1995

Para inicios de la década de los noventa, la realidad económica de la empresa en Colombia, estaba implorando una reforma sustancial a la ley comercial, es así, como la Superintendencia de Sociedades, presenta al Congreso de la República un proyecto de ley de 600 artículos que pretendía ajustar la normatividad comercial a las necesidades del momento. Finalmente ese proyecto fue modificado en el cuerpo colegiado y posteriormente aprobado, naciendo así la ley 222 de 1995 (242 artículos).

La expedición de la misma, constituyó para su época un gran acierto en materia comercial. En primer lugar, se evidenciaban los primeros acercamientos importantes al entendimiento de la flexibilidad de la ley comercial, en segundo lugar, porque si bien reformó el Código de Comercio, especialmente el libro segundo de las sociedades comerciales, no lo derogó, acción que habría traído consigo, un tránsito de legislación perjudicial para el país, y finalmente, porque la promulgación de la norma atendió las circunstancias materiales que exigía el día a día de Colombia.

El país entonces, experimentó una actualización jurídica de envergadura en materia societaria expidiendo un nuevo régimen de los procesos concursales, introduciendo un novedoso adelanto en materia de las reuniones de órganos sociales, especificando todo lo relativo a la administración de las sociedades con su respectiva acción de responsabilidad, imprimiendo un criterio de comercialidad a las sociedades en virtud del objeto social a desarrollar, abriendo la puerta al fraccionamiento del patrimonio social mediante la escisión, estableciendo criterios jurídicos acerca de las matrices y subordinadas, en fin, la ley resultó eficiente económicamente hablando y expandió la visión que hasta el momento se tenía acerca de los tipos societarios.

⁶³ ROQUE VÍTOLO, Daniel y Embrid Irujo José Miguel. El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur. Editorial Comares, España, 2007. p. XXI.

7.3.1.1 Reforma sustancial al Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)

Dentro de la serie de importantes modificaciones que introdujo la ley 222 de 1995, vale la pena detenerse para el objeto de este proyecto de investigación, a analizar lo relativo a la administración de la sociedad y la empresa unipersonal.

De los principales desafíos que enfrenta la teoría moderna del derecho societario, es la producción de reglas jurídicas supletorias orientadas a proveer un equilibrio jurídico entre las diferentes partes interesadas⁶⁴, esto se traduce en la creación de un ordenamiento capaz de evitar gastos provenientes de la celebración del contrato de sociedad (*transaction costs*).

Ahora bien, dentro de ese ente ficticio que se crea con el nacimiento del tipo societario cualquiera que sea, existen distintas partes que hacen parte de él o terceros con interés directo. Dentro de las partes se podría clasificar a los asociados mayoritarios y a los minoritarios; en determinados tipos societarios la administración del mismo recae sobre los socios, como es el caso de la sociedad colectiva sin olvidar la posibilidad que otorga la ley para delegarla en algunos determinados o terceros, pero en otros más complejos como la sociedad anónima, la administración la ostentarán personas ajenas a la sociedad elegidas por los miembros de la misma (Junta Directiva), este evento ofrece mayor problemática y por ende un abordaje distinto.

Conviene recordar brevemente la función principal de este órgano de administración que se está tratando, la junta directiva media entre los accionistas y el gerente de la sociedad. Este último una vez designado por la junta directiva, dirige las operaciones que están dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad.⁶⁵

El principal inconveniente que existe entre los dueños o propietarios de una sociedad y los administradores de la misma es la desigualdad en el conocimiento del escenario donde se intercambian bienes y servicios, la teoría económica sostiene que el problema de principal-agente, y en general los problemas de agencia, tienen un origen en la existencia de asimetrías de información en los mercados.⁶⁶ Sin embargo, la salida a ese problema además de ya haber sido tratada por la doctrina, no hace parte integrante del presente trabajo, pero resulta

⁶⁴ REYES, supra cita 63, p. 23.

⁶⁵ Ibídem. p. 40.

⁶⁶ DELVASTO PERDOMO, Carlos Andrés. La representación legal de las sociedades comerciales en Colombia y el problema de principal y agente. Soluciones, Criterio Jurídico, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2007. p. 308.

necesario mencionarlo, porque al parecer el legislador para el año de 1994 ya tenía en mente el inconveniente, quizás no con toda la rigurosidad del caso, pero al fin y al cabo la ley 222 de 1995 otorgó una de las soluciones importantes a ese desafío que hoy sigue enfrentando el derecho societario contemporáneo.

La solución se encuentra inmersa en los artículos 22, 23, 24 y 25 de la norma en mención, que además de listar a los administradores, sus deberes y su responsabilidad, inviste a los asociados de una acción social de responsabilidad contra los administradores, por el ejercicio de sus funciones. Constituye entonces esta ley un inicio provechoso para aminorar los costos de mandato (*agency costs*) que se desprenden de la creación y el funcionamiento diario de las sociedades, costos que por demás los pequeños empresarios añorarían no tener que sufragarlos.

En segundo lugar en cuanto a otro gran logro que en materia de sociedades alcanzó la ley, conviene expresar que la misma le otorgó una prerrogativa invaluable al comerciante, consistente en continuar o iniciar negocios con la posibilidad de no involucrar la totalidad de su patrimonio, mediante la creación de la empresa unipersonal.

Esta figura además de ser novedosa en su momento, y de constituir uno de los primeros indicios del desvanecimiento de la tesis contractualista de la sociedad, impulsó el nacimiento de gran cantidad de negocios en Colombia.

El gran acierto del legislador con la creación de la figura de, fue la supresión de en su momento muy famosas “sociedades fachada”. Las anteriores básicamente eran sociedades en comandita simple o sociedades de responsabilidad limitada las cuales se creaban con dos asociados siendo uno de ellos el titular de la actividad económica y el otro un simple colaborador con el fin de cumplir con el requisito de pluralidad hasta ese momento exigido para constituir todos los tipos societarios. Pues bien, con la empresa unipersonal, el comerciante podía formalizar o constituir legalmente su negocio sin recurrir a esa maniobra opaca existente en el país por esos días.

Vale la pena destacar, que el concepto de empresa unipersonal, difiera del de empresa propiamente tal, la segunda la define el Código de Comercio de Colombia en su artículo 25⁶⁷, y aunque existe la tendencia a personificarla, es claro, que este concepto se refiere a la actividad que desarrolla el comerciante. Si

⁶⁷ Decreto 410 de 1971. Código de Comercio de Colombia. Artículo 25: “*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*”.

se concibe a la empresa como objeto de derecho, y además se le confiere personalidad, surge un sujeto distinto de su titular, con vida propia y todos los atributos inherentes a la misma, desligado de la persona natural o jurídica que la creó.⁶⁸

Además de sintonizar la legislación comercial a lo existente en otras naciones, la Empresa Unipersonal, posibilitó y facultó al hombre de negocios de prerrogativas realmente importantes para el emprendimiento de su actividad. La primera gran característica hace referencia a la responsabilidad, era claro que para antes de la expedición de la ley el comerciante como persona natural respondía con su patrimonio de las obligaciones que de su actividad emergían, pues bien, la E.U. limita la responsabilidad del empresario único al monto de su aporte, creando así un *velo corporativo* inmensurablemente beneficioso para el comerciante.

En segundo lugar, hay que destacar que la ley brindó la posibilidad de constituir la Empresa Unipersonal mediante documento privado, en otras palabras, *tal acto de voluntad unilateral* no era obligatorio elevarlo a escritura pública, so pena de obtener el efecto rígido de considerarse como una sociedad de hecho, el cual ostentaban los demás tipos societarios para ese momento.

Finalmente, el ya tratado asunto de la ausencia de la pluralidad necesaria en los demás tipos societarios de la época.

Todas estas actualizaciones en materia comercial eran muestras inequívocas de un proceso de flexibilización del derecho societario. La figura de la Empresa Unipersonal no gozó de gran acogida entre los tratadistas defensores de la tesis contractualista de la sociedad, en contraposición a la enorme aceptación que tuvo en su momento entre los comerciantes. Desde su creación en el año 1995 al mes de agosto de 2008, ya se habían matriculado en las Cámaras de Comercio del país, ochenta mil quinientas ochenta y tres (80.583) empresas unipersonales. El dato se muestra plenamente trascendente pues evidencia que esta figura, en poco más de una década, se convirtió en la segunda forma empresarial en importancia numérica en el país, superando a las sociedades anónimas, colectivas y en comanditas, y tan solo detrás de las sociedades de responsabilidad limitada.⁶⁹

⁶⁸ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio; NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, NARVÁEZ BONNET Olga Stella. Derecho de la empresa. Editorial Legis, Colombia, 2008. p. 27

⁶⁹ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales” Cuadernos de la Maestría en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2011. p. 258.

7.3.2 Ley 1014 de 2006

Esta norma, también conocida como la *Ley de fomento a la cultura del emprendimiento* entró a regir a principios del año 2006, hace parte de una serie de normas, como la ley 590 de 2000⁷⁰, y el Decreto 1192 de 2009⁷¹, ,promulgadas en virtud de la Política Nacional de Emprendimiento acogida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo .

Su objeto se encuentra en el artículo 2º⁷², se circunscribe a promover posibilidades y generar inquietudes en los habitantes del territorio nacional, para iniciar su idea de negocio, con el fin de lograr desarrollo económico en el país; el Estado brindará todas las herramientas necesarias para el alcance del objetivo.

En síntesis, le ley establece una serie de principios y disposiciones de carácter preferentemente teórico, acerca de la necesidad a cargo del Estado de otorgar los instrumentos adecuados a sus asociados para la simplificación de trámites y la reducción de los costos de formalizar su actividad.

7.3.2.1 Las Sociedades Empresariales como Forma Societaria

Existe una novedosa clasificación de la doctrina, consistente en diferenciar a las *formas societarias* de los *tipos societarios*.

Básicamente, las primeras hacen referencia a las manifestaciones de las actividades económicas, traducidas en sociedades, así dentro de este grupo se encuentran las Sociedades de Familia, las Sociedades que prestan servicios de

⁷⁰ Ley 590 de 2000. Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas.

⁷¹ Decreto 1192 de 2011. Por el cual se reglamenta la Ley 1014 de 2006 sobre el documento a la cultura del emprendimiento.

⁷² Ley 1014 de 2006. Art. 2. "Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto:

A) Promover el espíritu emprendedor en todos los estamentos educativos del país, en el cual se propenda y trabaje conjuntamente sobre los principios y valores que establece la Constitución y los establecidos en la presente ley

B) Disponer de un conjunto de principios normativos que sienten las bases para una política de Estado y un marco jurídico e institucional, que promuevan el emprendimiento y la creación de empresas..."

vigilancia, las Sociedades que prestan servicios financieros, por mencionar algunas; *Los tipos societarios* constituyen el modelo legal que esas *formas* o ese *criterio dimensional*, como parte de los tratadistas lo llaman, deben adoptar para poder llevar a cabo su actividad, estos *ropajes podrán ser codificados o no codificados*.

Dentro de los denominados *codificados* se encuentran los *tipos societarios* que introdujo el Decreto 410 de 1971, a saber: La Sociedad Colectiva, la Sociedad en Comandita Simple, la Sociedad en Comandita por Acciones, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Sociedad Anónima y la Sociedad de Hecho. Los *no codificados* son la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S) y la Sociedad Agrónoma de Transformación (S.A.T.)

Para presentar un ejemplo práctico del tema, vale la pena mencionar que las sociedades que prestan servicios financieros, por disposición expresa del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán constituirse bajo la modalidad de sociedades anónimas; es de esta manera en la que Formas y Tipos se relacionan y hacen de esta clasificación una interesante postura doctrinal.

La ley 1014 de 2006 además de todo lo relativo al fomento de la cultura del emprendimiento, dispuso en el artículo 22 que tipos societarios del Código de Comercio, se podrían crear bajo las reglas de la Empresa Unipersonal, siempre y cuando en su planta de trabajadores, no tuvieran más de 10 personas y sus activos no superaran las 500 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes.

De esta manera nace una nueva forma societaria denominada Sociedades Empresariales, que para su existencia deberán incorporar un tipo societario de los consagrados en el Código de Comercio (salvo las comanditarias que para su existencia necesitan dos clases de asociados), siempre y cuando demuestren las dos características previamente mencionadas.

A pesar de las fuertes críticas recibidas por parte de la comunidad jurídica que apoyaba la permanencia de la tesis contractualista y la estabilidad jurídica del Código de Comercio, la Corte Constitucional defendió la norma enfáticamente, al expresar: “La constitución de empresas unipersonales es una de las figuras más significativas de la Ley 222 de 1995, ya que coloca al servicio de las personas una herramienta para acceder al amparo de la personalidad jurídica. Las sociedades unipersonales han sido contempladas en otros países de mayor desarrollo económico desde hace ya algún tiempo. La figura ha encontrado plena acogida en el sistema de Common Law, en Estados Unidos donde ni siquiera se menciona como novedad del derecho societario. Igualmente en la Unión Europea donde la duodécima directiva comunitaria ha forzado a tales estados a expedir estatutos

legales que permitan el funcionamiento de sociedades de capital unipersonales. Este tipo de empresas contiene mecanismos expeditos para su constitución, la visión amplia que permite la personificación jurídica sin necesidad de pluralidad, el término indefinido de duración, el objeto indeterminado y la capacidad plena, la conversión en sociedades y la asimilación completa al régimen societario contenido en el libro segundo del Código de Comercio, entre otras”.⁷³

La creación de una persona jurídica por medio de *acto jurídico unilateral*, la constitución de ese ente ficticio a través de documento privado y la posibilidad de redactar un objeto social indeterminado, constituyen verdaderos intentos de flexibilización del derecho societario, acertadas o no, definitivamente estas tres alternativas por nombrar algunas, facilitan la formalización de las actividades comerciales en el país.

7.3.3 Ley 1258 de 2008

El proyecto de ley que desembocó en el nacimiento de la sociedad por acciones simplificada fue abordado por estudiosos del derecho que observando el impacto de la misma en otras naciones, se interesaron por introducirla en nuestro ordenamiento jurídico.

Detractores y defensores de la misma coinciden en que la ley estremeció al régimen societario hasta el momento imperante en Colombia. Previo a entrar a analizar ciertas características particulares del tipo societario, vale la pena destacar que la ley constituye un verdadero renacimiento de la prevalencia de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, sobre las instituciones legales consagradas.

Ahora bien, la ley S.A.S en el derecho colombiano intenta recuperar el derecho de sociedades para el derecho privado, a través del imperio de la autonomía de la voluntad, como quiera que entiende que los accionistas son quienes mejor conocen las vicisitudes de la empresa.⁷⁴

Una de las principales diferencias entre el derecho público y el derecho privado es sin duda alguna la importancia del deseo o querer de las partes, siendo el derecho comercial, y en especial las sociedades una manifestación clara del segundo,

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-392 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁴ MORGESTEIN SANCHEZ, Wilson Iván. La SAS en el Derecho Societario Colombiano: De un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo. Revista virtual Vía Inveniendi et Iudicandi, volumen 6, fascículo 1, Universidad Santo Tomas, 2010.

resulta cuando menos necesario privilegiar el interés particular de los intervinientes, si y solo si se ajusta a derecho.

“La Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), figura asociativa híbrida que combina amplísimas posibilidades de estipulación contractual, pues su componente normativo imperativo es mínimo, por lo que lo que allí se regula es puramente supletorio de la voluntad de las partes...Del abanico de exigencias, entre otras, podemos mencionar la... amplia libertad contractual para incentivar la creatividad empresarial...”.⁷⁵

Por otro lado es necesario precisar que la figura como tal de la S.A.S en Colombia está fuertemente inspirada en la Sociedad Anónima Simplificada de Francia creada en 1994. Ahora bien, como ya se ha mencionado anteriormente Colombia para el año de 2007 estaba urgida de una nueva modernización de la regulación societaria, sin embargo parte de la doctrina argumenta que lo realizado fue un *trasplante* jurídico carente de un análisis previo causado por el afán globalizador. Un problema vinculado con la globalización hace referencia a la imposición indiscriminada de modelos y esquemas internacionales para lograr la convergencia.⁷⁶

No obstante lo anterior, y escapando al estudio acerca del análisis *ex ante* de la norma en tratamiento, sería irresponsable negar las bondades económicas y jurídicas que otorgó la Ley 1258 al escenario de los negocios Colombia.

7.3.3.1 El impacto de la Sociedad por Acciones Simplificada

Entre las principales innovaciones que se introdujeron en el derecho societario con la entrada en vigencia de la ley en mención se encuentran: La posibilidad de constituir un *tipo societario* propiamente tal, por medio de documento privado, La facultad de crear una sociedad por medio de *acto unilateral*, la perspectiva de redactar un objeto social indeterminado con sus respectivas consecuencias, la duración indefinida, la alternativa de estipular la existencia de distintas clases de

⁷⁵ ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. Sociedad por Acciones Simplificada, en *Revist@mercatori@*, volumen 8, número 1, Universidad Externado de Colombia, 2009. Citado por:

MORGESTEIN SANCHEZ, Wilson Iván. La SAS en el Derecho Societario Colombiano: De un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo. *Revista virtual Vía Inveniendi et Iudicandi*, volumen 6, fascículo 1, Universidad Santo Tomas, 2010.

⁷⁶ POSADA TAMAYO, Juan Andrés. Una visión desde el derecho comparado y el análisis Económico del derecho De la estructura societaria en Latinoamérica. *Estudios de derecho*, núm. 146, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. 2008.

acciones, el derecho que le asiste al accionista o accionistas para pagar el capital hasta en dos años una vez constituida la persona jurídica, la existencia especialísima de la revisoría fiscal, la posibilidad de celebrar reuniones fuera del domicilio social, entre otras.

Todos los beneficios descritos, constituyen una simplificación en tramitología, celeridad en la creación de la persona jurídica y en general son prueba fehaciente de la flexibilización del derecho societario que está experimentando el país, en pro de que ese vehículo de negocio como se les conoce a las sociedades, no presente mayores dificultades en su creación y desarrollo y faculte al empresario a centrar su atención en la actividad económica que esté ejecutando.

Es pertinente anotar que las Cámaras de Comercio ejercen estricto control de legalidad en el momento del registro de las sociedades por acciones simplificada, y la Superintendencia de Sociedades permanentemente inspecciona, vigila y controla a este tipo societario una vez creado; todo lo anterior con el fin de preservar el orden jurídico imperante en Colombia.

Respecto al impacto que ha tenido esta figura en Colombia, es conducente anotar lo siguiente, la sociedad por acciones simplificada es una respuesta a las nuevas necesidades económicas que requieren siempre estar acompañadas del desarrollo de las formas jurídicas, no solo por la flexibilidad en su configuración, sino, también, porque es una forma societaria presente en la gran mayoría de los países europeos, los cuales han copiado el modelo francés o han creado uno propio inspirado en éste. Lo anterior facilita el diálogo económico y jurídico a la hora de las integraciones comerciales, tan importantes para la economía nacional.⁷⁷

Las posibilidades contractuales que ofrece la ley S.A.S han tenido gran acogida por parte del empresario colombiano, ya que en buena medida, tal libertad de estipulación desemboca inevitablemente en la creación de un modelo de negocios perfectamente adaptable a la actividad a desarrollar, lo que significa el alcance de un logro de gran envergadura.

Más allá de la obligación perentoria de transformar las sociedades unipersonales a sociedades por acciones simplificada en un término perentorio de seis meses una vez la ley entró en vigencia, cifras como el registro de 23.000 sociedades de esta

⁷⁷ VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. La sociedad por acciones simplificada. 2009. Disponible en:

<http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Memorias/2011/7SAS.pdf>

estirpe en menos de dos años⁷⁸, son demostraciones del impacto positivo que ha tenido el tipo societario en nuestra nación.

Considero útil para nuestro estudio traer a colación las útiles palabras del Banco Mundial: “La reciente introducción de una nueva modalidad de empresa, la Sociedad por Acciones Simplificada, (S.A.S) está cambiando rápidamente el modo en que los empresarios inscriben sus pequeñas y medianas empresas.”⁷⁹

Innovaciones o actualizaciones como esta, verdaderamente propenden por el desarrollo empresarial del país y asisten las dificultades de los pequeños y medianos empresarios, ya que prefieren o ponderan los aspectos de fondo, es decir la actividad económica en sí, sobre elementos de forma, todo aquello que constituye las exigencias y solemnidades para la creación, funcionamiento y extinción de las sociedades.

7.3.3.2 Ley 1429 de 2010.

Previo a mencionar los beneficios y a analizar el impacto de esta ley en el país, es pertinente aclarar que si bien es cierto, la relación de la norma con la flexibilización del derecho societario es tangencial, la misma ha tenido una trascendencia de gran valía en el escenario económico del país, por tal razón es conducente introducirla como pionera de la normativa novedosa en materia de sociedades y por ende parte integrante del presente trabajo investigativo.

Básicamente, del texto de la norma se puede inferir la intención del legislador con la expedición de la ley. El primer gran objetivo es formalizar empresas y empleos que hasta la fecha seguían siendo informales, inmediatamente se desprende la segunda meta a alcanzar con la ley, consistente en generar más empleos formales.

De lo anterior se obtiene la estrecha relación con la ley 1258 de 2008, porque en la medida en que las personas y los negocios pretenden formalizarse, busquen la figura más flexible, aquella que les brinde mayores beneficios para el desarrollo de su actividad, esa figura es la Sociedad por Acciones Simplificada.

Sin embargo, para tan ambiciosos retos era claro que se tenían que establecer una serie de beneficios, en primer lugar para incentivar la generación de empleo y

⁷⁸ ESPINOSA, Op. cit.

⁷⁹ BANCO MUNDIAL. Doing Business en Colombia 2010. Disponible en: <http://www.doingbusiness.org/documents/subnational/DB10-Subnational-Report-Colombia-Spanish.pdf>.

en segundo lugar para desestimular la informalidad. Entre las principales prerrogativas que otorgó la ley se encuentran: La eliminación de algunos trámites y solemnidades, descuentos para pequeñas empresas en registro mercantil, pago progresivo de renta para pequeñas empresas y algunos beneficios para empresas ya constituidas formalmente antes de la expedición de la ley.

Dentro de los principales tramites laborales que se abolieron con la llamada ley de formalización y generación de empleo está la posibilidad de crear un Reglamento Interno de Trabajo a la medida de la empresa sin autorización del Ministerio de Trabajo, y la eliminación de el visto bueno por parte del mismo Ministerio en lo referido a préstamos, deducciones, anticipos del salario del trabajador.

En el plano comercial, la eliminación de trámites se enfocó especialmente en alivianar ciertas reglas respecto a la disolución y liquidación de sociedades, así como en la posibilidad de hacer registros sin necesidad de presentación personal, por ejemplo, no se requeriría ir personalmente a la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantar gestiones como el registro de signos distintivos y nuevas creaciones⁸⁰.

Exhortando a fondo tanto los beneficios laborales como comerciales, en este sentido se encuentra que el empleador tenga más libertad y autonomía en el desarrollo y funcionamiento de la empresa, sin la supresión claro está de normas protectoras al trabajador.

En lo referente al beneficio del registro mercantil, la ley dispone lo siguiente: “Las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la promulgación de la presente ley, pagarán tarifas progresivas para la matrícula mercantil y su renovación, de acuerdo con los siguientes parámetros:

Cero por ciento (0%) del total de la tarifa establecida para la obtención de la matrícula mercantil en el primer año de desarrollo de la actividad económica principal.

Cincuenta por ciento (50%) del total de la tarifa establecida para la renovación de la matrícula mercantil en el segundo año de desarrollo de la actividad económica principal.

Setenta y cinco por ciento (75%) del total de la tarifa establecida para la renovación de la matrícula mercantil en el tercer año de desarrollo de la actividad económica principal.

⁸⁰ Ley 1429 de 2010. Art. 42

Ciento por ciento (100%) del total de la tarifa establecida para la renovación de la matrícula mercantil del cuarto año en adelante del desarrollo de la actividad económica principal.”⁸¹

El beneficio resulta interesante en la medida en que va a aumentando progresivamente la tarifa de la renovación de la matrícula mercantil, aliviando cargas económicas para empresas recién constituidas.

Sin embargo, la eliminación de trámites y la progresividad en el pago y renovación de la matrícula mercantil no son el gran acierto de esta ley. La progresividad en el pago de la renta constituye la ventaja más relevante que introdujo la expedición de la ley.

Al respecto, la norma dispuso lo siguiente: “Las pequeñas empresas que inicien su actividad económica principal a partir de la promulgación de la presente ley cumplirán las obligaciones tributarias sustantivas correspondientes al Impuesto sobre la Renta y Complementarios de forma progresiva, salvo en el caso de los regímenes especiales establecidos en la ley, siguiendo los parámetros que se mencionan a continuación:

Cero por ciento (0%) de la tarifa general del impuesto de renta aplicable a las personas jurídicas o asimiladas, o de la tarifa marginal según corresponda a las personas naturales o asimiladas, en los dos primeros años gravables, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Veinticinco por ciento (25%) de la tarifa general del impuesto de renta aplicable a las personas jurídicas o asimiladas, o de la tarifa marginal según corresponda a las personas naturales o asimiladas, en el tercer año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Cincuenta por ciento (50%) de la tarifa general del impuesto de renta aplicable a las personas jurídicas o asimiladas, o de la tarifa marginal según corresponda a las personas naturales o asimiladas, en el cuarto año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

Setenta y cinco por ciento (75%) de la tarifa general del impuesto de renta aplicable a las personas jurídicas o asimiladas, o de la tarifa marginal según corresponda a las personas naturales o asimiladas en el quinto año gravable, a partir del inicio de su actividad económica principal.

⁸¹ Ley 1429 de 2010 art. 6

Ciento por ciento (100%) de la tarifa general del impuesto de renta aplicable a las personas jurídicas o asimiladas, o de la tarifa marginal según corresponda a las personas naturales o asimiladas del sexto año gravable en adelante, a partir del inicio de su actividad económica principal...”⁸²

Ahora bien, para acceder a tales beneficios es necesario acreditar ciertas condiciones sin las cuales la empresa no podría ser sujeto favorecido por ejemplo de la progresividad en el pago de la renta. Así entonces, serán beneficiarios de la progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios:

a) Las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, obligadas a matricularse en el Registro Mercantil, que inicien el desarrollo de su actividad económica principal a partir de la promulgación de la Ley 1429 de 2010, cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (5.000 S.M.M.L.V), que a partir de esa misma fecha se matriculen por primera vez en el registro mercantil de la correspondiente cámara de comercio.

B) Las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, obligadas a matricularse en el Registro Mercantil, cuyo personal no sea o no haya sido superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (5.000 S.M.M.L.V), que preexistiendo y habiendo desarrollado su actividad económica principal con anterioridad a la vigencia de la Ley 1429 de 2010, a la vigencia de esa misma Ley se encontraban inactivas, siempre y cuando:

1- Hayan renovado su Matricula Mercantil dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la Ley 1429 de 2010, o la renueven dentro de los doce (12) meses siguientes a la vigencia de la citada Ley cuando se trate de los contribuyentes a los que se refieren los Parágrafos 1° y 2° del artículo 50 de la Ley 1429 de 2010.

2- Reactiven su actividad económica, y

3- Dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 1429 de 2010 se pongan al día en todas sus obligaciones formales y sustanciales de carácter legal y tributario del orden nacional y territorial...”⁸³

⁸² Ley 1429 de 2010. Art. 4

⁸³ Decreto 4910 de 2011. Art 1.

De todo lo anterior es importante hacer dos precisiones de gran valía, la primera de ellas hace referencia al tiempo, anotando que las empresas que cumplan con los requisitos exigidos por la ley se podrán acoger a los beneficios que contempla la misma, hasta el 31 de diciembre de 2014, razón por la cual los beneficios siguiendo la transición que la misma ley dispone, expirarán en el año de 2020. Así como la relación del beneficio del impuesto sobre la renta en concordancia con la ley 1607 de 2012 más conocida como la reforma tributaria. Al respecto se anota que la reciente reforma tributaria creó el Impuesto para la Equidad CREE aplicable a las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, así como a las sociedades y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta. Teniendo en cuenta que la Ley no exceptúa expresamente a las sociedades que se acogieron a los beneficios de la ley 1429 de 2010 debe entenderse que dichas sociedades son sujetos pasivos del impuesto.⁸⁴

Del articulado anterior es fácilmente deducible que una de las principales razones que promueven la informalidad son las obligaciones tributarias, razón por la cual el legislador con esta ley promovió la formalización mediante el otorgamiento de incentivos fiscales que produjeran confianza, seguridad y economía en aquel empresario que aún estaba sin formalizar su negocio.

La evidencia disponible en Colombia sugiere que tanto la estructura tributaria como la carga regulatoria son los principales factores que explican el elevado grado de informalidad en la economía. La complejidad del código tributario y las elevadas tasas de tributación efectiva actúan como barrera a la entrada de las pequeñas empresas.⁸⁵

Ahora bien, la anterior aseveración no es gratuita y aunque el fenómeno de la informalidad merece un extenso estudio que escape a las pretensiones de la investigación, si resulta útil citar la siguiente matriz que relaciona a la informalidad directamente con la fiscalidad.

Cuadro 2. Taxonomía de la economía informal

⁸⁴ Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/beneficios-tributarios-la-ley-1429-2010>

⁸⁵ CÁRDENAS, Mauricio, MEJÍA y Carolina. Informalidad en Colombia: Nueva evidencia. Disponible en: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/WP-No.-35-Informalidad-en-Colombia-M-C%C3%A1rdenas-y-C-Mej%C3%ADa-WP35.pdf>

	Transacción Monetaria		Transacción No Monetaria	
Actividad ilícita	Contrabando, producción y tráfico de drogas, comercio de bienes robados, trata de blancas, etc.		Trueque de drogas, bienes robados, contrabando, etc.	
Actividad lícita	Evasión de Impuestos	Elusión de Impuestos	Evasión de Impuestos	Elusión de Impuestos
	Ingreso propio no reportado: salarios, sueldos y ganancias relacionadas a producción y prestación de servicios legales.	Descuentos a empleados, ganancias al margen.	Trueque de servicios y bienes producidos legalmente.	Trabajo cuenta propia y colaboración entre vecinos. ⁸⁶

Así pues, se observa que un problema cuyo principal costo económico se encuentra en el ámbito tributario, pues es necesario abordarlo desde soluciones de la misma estirpe, sin olvidar nunca que el problema de la informalidad es de aquellos como se verá más adelante que afectan a todos los intervinientes del mercado (Estado, productores (formales e informales) y consumidores (formales e informales)) y por tanto merecería un mayor y mejor tratamiento político y legal.

7.3.3.3 Resultados de la ley de generación y formalización de empleo

En el acápite anterior se trataron temas jurídicos específicos de la ley 1429 de 2010, pero tal normativa ha tenido un gran impacto económico a nivel nacional, que sobrepasa la esfera incluso la esfera legal, por tanto es momento de determinar el grado de afectación de la disposición en la economía del país.

De acuerdo con cifras del Banco Mundial, Colombia tiene una tasa de desempleo total equivalente al 11.7% de su población total activa, de la cual el 27.5% son mujeres jóvenes y el 16.3% son jóvenes varones. Consecuencia de esta situación, entre otras, es el envejecimiento de la población económicamente activa, lo que hace tambalear la maquinaria estatal que brinda protección –por medio de las

⁸⁶ Schneider, Friedrich (2003). "Shadow Economies of 145 Countries all over the World: Estimation Results over the Period 1999 to 2003" Citado por: CARDENAS, Mauricio y MEJIA Carolina. Informalidad en Colombia: Nueva evidencia. Disponible en: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/WP-No.-35-Informalidad-en-Colombia-M-C%3%A1rdenas-y-C-Mej%3%ADa-WP35.pdf>

pensiones– a los ciudadanos que han trabajado durante su vida para tener derecho a una vejez digna.⁸⁷

De lo anterior se desprende lo imperativo que es promover el trabajo formal de los jóvenes emprendedores, así como la constitución de pequeñas y medianas empresas o la formalización de las mismas.

Es ya claro que el principal objetivo de la ley es formalizar empleos y empresas, para tal se tenía que proponer una serie de incentivo y beneficios, como efectivamente se hizo, sin embargo sus resultados aún son discutidos por parte de la doctrina, planteando que la informalidad aún está presente en Colombia y toma más fuerza año tras año.

A pesar de las dificultades para medir su tamaño y evolución, se estima que la economía informal representa cerca de la mitad de la actividad económica en el país. Además, la evidencia sugiere que la informalidad ha aumentado considerablemente desde finales de la década pasada por factores relacionados con la crisis económica, así como por el aumento en la carga tributaria empresarial, incluyendo los costos laborales diferentes al salario.⁸⁸

Sería injusto e infortunado infravalorar el esfuerzo que se ha hecho por confrontar el fenómeno de la informalidad, la ley 1429 de 2010 y sus posteriores decretos reglamentarios han propiciado mediante el otorgamiento de dadivas que el empresario que aún no ejerce sus negocios formalmente, se vincule a la formalidad por los inmensos efectos positivos que ellos produce. De ahí que se imponga acompañar el impulso que la nueva ley ofrece con un coherente programa que promueva la formalización como una alternativa, oportunidad, una ventaja, no sólo para el Gobierno y para el empresario, sino también para el consumidor. Es evidente que la empresa constituida legalmente, por el simple hecho de tributar, puede proveer información y en muchos casos permitir vigilancia y control, beneficia los propósitos del Gobierno y facilita la priorización de objetivos de política pública. Lo difícil está en la acreditación de los beneficios para los dos últimos.⁸⁹

No obstante las críticas, los resultados de la ley son prometedores y evidencian un relevante impacto de la misma en la economía del país.

⁸⁷ Disponible en: http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_179

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/ley-1429-2010-oportunidad-oro>

Hasta el mes de septiembre de 2011, después de promulgada la ley, los resultados son halagadores, pues parece ser que el propósito del gobierno nacional empieza a reportar resultados positivos. Según fuente de las Cámaras de Comercio en Colombia son 231.566 empresas que se han acogido a los beneficios establecidos en la ley 1429 de 2010 en términos de formalización empresarial. Los resultados hasta Septiembre 22 de 2011, son:

90



Importantes ha sido los resultados en términos de la formalización empresarial, se ha acogido 231.566 empresas



En conclusión, es importante avanzar en acciones que desestimulen la informalidad. La tendencia en el mundo, de la cual Colombia no es la excepción, es facilitar la formalidad, Desde la perspectiva local hay un espacio interesante de acción a través del fortalecimiento y diseño adecuado del sistema de Inspección, Vigilancia y Control. En cuanto al impacto de la Ley de Formalización empresarial y generación de empleo, el país avanzó en la estructuración de un conjunto de incentivos orientados fundamentalmente a reducir las barreras a la formalización

⁹⁰ Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar, www.asocajas.org.co. Citado por: MORENO ALFONSO, Nelson. La denominada Ley de Primer Empleo, Una Oportunidad para el Emprendimiento. Disponible en: http://www.areandina.edu.co/contenidos/medios_portal/documentos/pdf/noti_con/ARTICULO_NOTI_CONTABLE_28_DE_SEPTIEMBRE_DE_2011.pdf

empresarial y especialmente para las microempresas y pequeñas empresas a través de la reducción de costos en los trámites de formalización.⁹¹

7.3.3.4 Concepto de crecimiento empresarial

La empresa es en la actualidad uno de los motores principales de crecimiento económico de las naciones. Se entiende por la misma en su más prístina definición, como la entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de producción, y dedicada a actividades industriales y mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos⁹², esta goza de distintas clasificaciones, sin embargo, como se verá más adelante, aquella que las estratifica por su tamaño favorece la presente investigación.

Así pues, el crecimiento empresarial básicamente consiste en determinar el número de empresas que nacen en un periodo de tiempo determinado en un país, y aunque su relación es íntima con el crecimiento económico, este último es un indicador que resulta de la interacción de una serie de factores, como la inversión extranjera, el desempleo, el Producto Interno Bruto (PIB), etc. Por lo anterior que el trabajo en desarrollo enfoque su estudio en el crecimiento empresarial y postergue el análisis del extenso concepto de crecimiento económico a otra oportunidad académica.

Ahora bien, esa entidad como algunos llaman a la empresa, o actividad económica como en otros países se entiende, resulta abstracta en cuanto a conformación y ejecución se trata, es decir, esa organización obligatoriamente ha de revestir alguna forma jurídica para su funcionamiento; es en este instante entonces, donde los tipos societarios entran a jugar un rol importante, constituyéndose en una herramienta al servicio del o de los empresarios para que puedan iniciar su negocio.

La anterior es la razón primordial por la cual las sociedades están estrechamente ligadas con la empresa, porque son la figura predilecta por el *hombre de negocios*, para iniciar su actividad económica, lo que inevitablemente lleva a concluir que un crecimiento en el número de tipos societarios constituidos en un tiempo específico, supone asimismo un crecimiento empresarial dentro del mismo periodo.

⁹¹ Impacto de la formalización empresarial en Colombia. Disponible en: <http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Libros/Cuaderno%20de%20An%C3%A1lisis%20Econ%C3%B3mico%20No.%201.pdf>

⁹² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Definición de empresa.

Para que el llamado crecimiento empresarial se manifieste es necesario que se presenten una serie de elementos que promuevan la constitución de empresa. En primer lugar es pertinente repetir que la empresa responde a la autonomía de la voluntad, por tanto conviene promocionarla y afecta coartarla, en segundo lugar el marco de actuación debe estar claro y definido, es decir, se deben conocer las reglas de juego previamente y no deben ser dramáticamente modificadas en el trascurso del negocio. Por tal motivo se hace importante entender que en la medida que la fuerza empresarial actué, bajo escenarios de estabilidad política, y legal, existirán mejores oportunidades para el crecimiento.⁹³

No solo los anteriores elementos favorecen el crecimiento empresarial, también lo hacen la posibilidad de un acceso cómodo al crédito por parte de las empresas, así como la abolición de requisitos y trámites administrativos que entorpecen el nacimiento de empresas en las naciones.

El reto es enorme para los países en vía de desarrollo, una reingeniería normativa en el tema no parece estar dentro de las preocupaciones inmediatas de los legisladores, y la identificación de los procesos económicos que han de generar beneficios incuantificables si son tratados con receptividad, comparte el mismo destino.⁹⁴ Resulta evidente que es necesario reflexionar sobre el desarrollo empresarial, y su contribución a la generación e implantación de soluciones de mecanismos de creación y fortalecimiento empresarial, aplicando metodologías, técnicas y herramientas probadas y de éxito, con base en la experiencia profesional y las mejores prácticas es lo que se conoce como desarrollo organizacional, contribuyendo a mejorar la competitividad y sostenibilidad de las empresas y a la creación de las nuevas empresas en condiciones de pobreza.⁹⁵

Estos desafíos a los que hoy se enfrentan las empresas (sin importar su tamaño) no son gratuitos, en gran parte responden a las exigencias de un modelo globalizado que por estos tiempos ha logrado permear todos los territorios del planeta. No hay empresa, grande o pequeña, que este virtualmente protegida hoy en día del impacto de la globalización.

⁹³ Economía, empresa y finanzas en Colombia. Disponible en: http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/Ciencias_Admon_y_Contables/ECONOMIA_FINANZA_S.pdf

⁹⁴ China observó que uno de sus principales motores de desarrollo económico era la eventual inversión extranjera, por tal razón implemento una serie de medidas y creación de figuras económico – jurídicas que favorecieron la inversión foránea. En la actualidad los resultados saltan a la vista.

⁹⁵ Economía, empresa y finanzas en Colombia. Supra cita 93.

La eliminación de las barreras al libre comercio y la mayor integración de las barreras nacionales, puede ser una fuente benéfica y su potencial hace necesario replantear profundamente el modo en que la globalización ha sido gestionada, incluyendo los acuerdos comerciales que tan importante papel ha desempeñado en la eliminación de dichas barreras y las políticas impuestas a los países en desarrollo en el transcurso de la globalización.⁹⁶

El fenómeno ante la caída de las barreras comerciales, implica entonces actualización, competitividad, capacidad de reacción y adaptación a los cambios tan frecuentes, agilidad, etc. características todas las anteriores que han sido de difícil alcance por parte especialmente de las Medianas y Pequeñas empresas (MIPYMES) dentro de los países en vía de desarrollo, que ansiosamente esperan instrucción y colaboración estatal aun ausentes ante la inmensa oportunidad que la globalización les ofrece.

Aun cuando gran parte de las pequeñas y medianas empresas latinoamericanas presentan dificultades en cuanto a acceder a recursos humanos y capital necesarios para asumir estrategias que permitan superar los problemas que generan la apertura y la reestructuración productiva, se les presenta un escenario bajo el cual es perentorio acudir a la flexibilidad de sus estructuras, promoviendo la asociatividad y la articulación productiva en todos los niveles⁹⁷.

Ante todo lo que antecede, la flexibilización del derecho societario toma protagonismo, especialmente, porque la adaptabilidad de las sociedades favorecida por la desregularización, contribuye enormemente a la competitividad y permanencia en el mercado de las empresas ante la serie de desafíos descritos.

Colombia no ha sido ajena a la globalización, ni a la importancia de la actualización de las sociedades en el crecimiento empresarial, y mucho menos a la normativa incipiente que procura la creación de nuevas empresas que propulsen el desarrollo económico.

⁹⁶STIGLITZ, J, (2002). El malestar en la globalización, Madrid: Editorial Taurus. Citado por: PEÑA, Aura Elena y BASTIDAS, María Carolina. La pequeña y mediana empresa ante el fenómeno inmanente de la globalización. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/17340/1/articulo5.pdf>

⁹⁷Ibídem.

8. CONCLUSIÓN

Los tipos y las formas societarias, nacen como respuesta a una necesidad del *hombre de negocios*, consistente en no involucrar la totalidad de su patrimonio en la aventura económica a emprender. Bajo este enfoque utilitarista de sociedad, resulta indispensable que ese vehículo jurídico que toman los empresarios para la realización de sus actividades, esté en perfecta armonía con las condiciones económicas del escenario donde los sujetos vayan a desarrollar su negocio.

La evolución en el derecho societario de la nación en los últimos años, ha propendido por apartarse del enfoque contractualista y legalista de las sociedades del Nuevo Código de Comercio de 1971 y pone de manifiesto la urgencia de entender a los tipos societarios como una herramienta al servicio económico del empresario.

El crecimiento empresarial del país en el siglo XXI ha sido vigoroso, acompañado de medidas financieras y económicas, la evolución del concepto del derecho de las sociedades, materializado en la nueva normativa, ha realizado un aporte incalculable al progreso de la nación, disminuyendo el desempleo, aumentando la inversión extranjera y la exportación; índices que sin duda alguna demuestran la importancia que ha tenido el derecho societario en el crecimiento empresarial del país.

Las experiencias extranjeras analizadas (China y U.S.A.) evidencian suficientemente la importancia de las sociedades en la economía de las naciones. Ambos países siendo las potencias económicas mundiales ostentan un desarrollo societario importante, por una lado la República Popular de China adecuó las leyes societarias a sus necesidades urgentes, los resultados de tal adecuación son verdaderamente positivos, por otro lado Estados Unidos, estando a la vanguardia en cuanto a regulación societaria se trata, traza el camino a referente a la normativa comercial, mostrando al mundo casos como su Estado de Delaware o El Silicon Valley presente en California.

La realidad en países de primer orden político y económico demuestra un entendimiento amplio de los tipos societarios, alejándose de la concepción rígida y legalista de los mismos para reinventar las figuras y ponerlas al servicio de la economía y los empresarios de los países. Ese es el norte del derecho societario, hacia allá se dirigen los esfuerzos de los Estados, que poco a poco van percibiendo a las sociedades como una oportunidad de progreso.

Tal transformación no ha sido del todo pacífica, la misma ha acarreado conflictos jurídicos y legales entre los defensores del *Status Quo* y aquellos que favorecen la

modernización del derecho, inclusive la discusión ha llegado hasta revivir la vieja disputa entre el derecho público y el derecho privado, entre la prevalencia de la autonomía de la voluntad o la disposición legal, debates que por demás son positivos para la riqueza normativa de las naciones.

Ahora bien, el proceso cuya meta es concebir a las sociedades como un vehículo económico, se ha caracterizado por la presencia de otra innovadora circunstancia, denominada, la flexibilización del derecho societario. Dentro de los principales postulados de la flexibilización societaria se encuentran, sobreponer a la libertad contractual sobre la norma escrita, la eliminación de trámites superfluos, la abolición de disposiciones tendientes a entorpecer la creación expedita de los tipos societarios, la creación de novedosas figuras jurídicas para facilitarle al empresario la formalización de su negocio, entre otras.

La sociedad por acciones simplificada de Francia, la pequeña sociedad por acciones de Alemania, la sociedad limitada nueva empresa de España, son ejemplos de figuras de fácil acceso y constitución pertenecientes a la tendencia flexibilizadora. La constitución de sociedades vía electrónica en Delaware, la unipersonalidad de sociedades por acciones en Francia, el capital cero en la constitución de la pequeña sociedad por acciones en Alemania y la posibilidad de crear la sociedad mediante documento privado en España, constituyen también manifestaciones de relevancia que hacen parte del proceso de modernización del derecho societario.

La globalización ha facilitado en gran parte la posibilidad de que países como Colombia realicen una actualización societaria de envergadura, los tratados de libre comercio y la presencia extranjera en el país, así lo exigen. Al parecer, a paso medido, las naciones latinoamericanas han avanzado en ese intento por armonizar la normativa de las sociedades con las de países como Holanda o U.S.A.

Colombia desde el decreto 410 de 1971, año en que compiló la normativa societaria en un código ha tenido hasta la actualidad una modernización interesante en materia societaria. El mismo articulado del Código de Comercio introdujo disposiciones flexibles, como la posibilidad de enervar algunas de las causales generales de disolución, sin embargo, como ya se mencionó, la primera gran revolución la produjo la ley 222 de 1995 con la Empresa Unipersonal.

Más adelante en el tiempo, la ley 1014 de 2006, introdujo la forma societaria de las sociedades empresariales, y en el año de 2008 la ley 1258 creó la posibilidad de constituir Sociedades por Acciones Simplificada, que como ya se demostró, causó

el mayor impacto que hasta el momento una figura había tenido en Colombia, generando un crecimiento empresarial inesperado.

Ese pequeño recuento de leyes evidencian una postura transformadora del país, si bien es cierto el camino apenas se está iniciando, la evolución del concepto de sociedad que se ha venido experimentando desembocará indefectiblemente en la comprensión de la misma como un vehículo económico, momento que ansía todo nacional ver llegar y consigo el florecimiento empresarial del país.

Colombia está en la puerta de entrada a la vanguardia societaria, es deber de toda la ciudadanía y los gobernantes de turno, promover ese ingreso mediante la formulación y posterior expedición de normas tendientes a modernizar nuestro sistema societario, con el fin de observar de primera mano los efectos positivos de la actualización en la economía de la nación

9. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Doctrinales Consultadas:

- ✓ ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. Sociedad por acciones simplificada. Revist@ emercatori@, volumen 8, número 1. Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ✓ CALLEJÓN, MARÍA. En busca de las economías externas. Ekonomiaz: Revista Vasca de economía, ejemplar 53, España, 2003.
- ✓ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M. El derecho mercantil ante los retos de la globalización. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2006.
- ✓ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Law and Economics, Quinta edición, Boston, Pearson, 2008.
- ✓ DELVASTO PERDOMO, Carlos Andrés. La representación legal de las sociedades comerciales en Colombia y el problema de principal y agente. Soluciones, Revista Criterio Jurídico, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2007.
- ✓ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Definición de empresa.
- ✓ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. Teoría general de las sociedades comerciales, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, 2008.
- ✓ ESPINOSA QUINTERO, Leonardo. El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: Una visión desde la evolución de las figuras empresariales. Cuadernos de la Maestría en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2011.
- ✓ INTERNATIONAL MONETARY FUND (2011). «United States» (en inglés).
- ✓ KELSEN, Hans. Teoría del Estado. Trad. Legaz Lacambra. Madrid. 1934.
- ✓ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires- Argentina, Bogotá-Colombia, 2010.
- ✓ MORGESTEIN SANCHEZ, Wilson Iván. La SAS en el Derecho Societario Colombiano: De un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo Revista virtual Vía Inveniendi et Iudicandi, volumen 6, fascículo 1, Universidad Santo Tomas, 2010.

- ✓ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio, NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, NARVÁEZ BONNET, Olga Stella. Derecho de la empresa. Editorial Legis, Colombia, 2008.
- ✓ NAVARRO MATAMOROS, Linda. Intentos de flexibilización y nueva tipificación del derecho societario español como medidas de adaptación a las nuevas tendencias del ámbito europeo. Cuadernos de la maestría en Derecho, Agencia regional de ciencia y tecnología. España. 2008.
- ✓ NIETO NIETO, Norma e ISAZA RAMÍREZ, Esteban. Flexibilización societaria. Un acercamiento a la Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la intervención de la Superintendencia de Sociedades. Revista. FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 40 No. 112. Medellín, Colombia. 2010.
- ✓ OKABE, Taku. Reforma del derecho mercantil de Japón y la posibilidad de expansión de las actividades empresariales mexicanas. Universidad de Guadalajara. Carta económica regional. Año 18. Núm. 95 ene – mar. México. 2006.
- ✓ POSADA TAMAYO, Juan Andrés. Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico del derecho de la estructura societaria en Latinoamérica. Estudios de derecho, núm. 146, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. 2008.
- ✓ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en los Estados Unidos. Segunda Edición, LEGIS, Bogotá, 2005.
- ✓ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Primera edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- ✓ ROBLES ACUÑA, Osvaldo. Presentación interactiva: Resumen general de sociedades. Enero de 2012.
- ✓ ROBLES ACUÑA, Osvaldo. Las sociedades como vehículo económico. Cali, marzo de 2013.
- ✓ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles. 7ª. Ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 2001.
- ✓ ROQUE VÍTOLO, Daniel y EMBRID IRUJO José Miguel. El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur. Editorial Comares, España, 2007.
- ✓ SOLVELL, Orjan. Clusters, equilibrando fuerzas evolutivas y constructivas. Ivory Tower Publishers, Suecia, 2008.
- ✓ VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las sociedades comerciales. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Legislación y Jurisprudencia Consultada:

- ✓ Código de Comercio de Colombia; Decreto 410 de 1971.
- ✓ Ley 905 de 2004 de Colombia.
- ✓ Ley 1429 de 2010 de Colombia.
- ✓ Ley 1014 de 2006 de Colombia.
- ✓ Ley 1258 de 2008 de Colombia.
- ✓ Ley 222 de 1995 de Colombia.
- ✓ Ley de Sociedades de la República Popular de China.
- ✓ Acta Modelo de Negocios y Corporaciones. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Acta Uniforme de Sociedades. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Acta Uniforme de Sociedades Limitadas. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Compañía de Responsabilidad Limitada. Estados Unidos de Norte América.
- ✓ Ley 7 de 2003. Sociedad Limitada Nueva Empresa. España.
- ✓ Ley 3 de enero de 1994, modificada en 1999 y 2001. Sociedad por Acciones Simplificada. Francia.
- ✓ Ley de Sociedades por Acciones de Pequeñas Dimensiones y de Desregulación de los Derechos de Accionistas. Alemania.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia. Sentencia C-392 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-597 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Fuentes Electrónicas (Páginas Web) Consultadas:

- ✓ Colombia, octavo en creación de empresas. Disponible en: <http://www.elespectador.com/economia/articulo-251639-colombia-octavo-creacion-de-empresas>
- ✓ La importancia de las Mipymes en Colombia” Pontificia Universidad Javeriana Cali; [En línea]; (Colombia); (2006). Disponible en: <http://sophia.javeriana.edu.co/encuentro/material/182.pdf>.
- ✓ Las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes) y su participación en el desarrollo social y crecimiento económico de América Latina. Disponible en: <http://www.cesla.com/pdfs/las%20mipymes%20y%20su%20participacion%20en%20el%20desarrollo%20social%20y%20crecimiento%20economico%20de%20america%20latina.pdf>
- ✓ Situación y Necesidades de la pequeña y mediana empresa. Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/Situacion_Necesidad_Pequena_Mediana_Empresa.pdf
- ✓ Emprendimiento e innovación en Colombia: ¿qué nos está haciendo falta? Disponible en: <http://web.unillanos.edu.co/docus/emprendimiento%20e%20innovacion.pdf>

- ✓ Economía, empresa y finanzas en Colombia. Disponible en: http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/Ciencias_Admon_y_Contables/ECONOMIA_FINANZAS.pdf
- ✓ Globalización y competitividad de las empresas: Recursos humanos. Disponible en: <http://www.analiseconomico.com.mx/pdf/4308.pdf>
- ✓ Peña, Aura Elena y Bastidas, María Carolina. La pequeña y mediana empresa ante el fenómeno inmanente de la globalización. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/17340/1/articulo5.pdf>
- ✓ Economía, empresa y finanzas en Colombia. Disponible en: http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/Ciencias_Admon_y_Contables/ECONOMIA_FINANZAS.pdf
- ✓ Impacto de la formalización empresarial en Colombia. Disponible en: <http://www.confecamaras.org.co/phocadownload/Libros/Cuaderno%20de%20An%C3%A1lisis%20Econ%C3%B3mico%20No.%201.pdf>
- ✓ Moreno Alfonso, Nelson. La denominada Ley de Primer Empleo, Una Oportunidad para el Emprendimiento. Disponible en: http://www.areandina.edu.co/contenidos/medios_portal/documentos/pdf/noticon/ARTICULO_NOTICONTABLE_28_DE_SEPTIEMBRE_DE_2011.pdf
- ✓ <http://www.portafolio.co/opinion/ley-1429-2010-opportunidad-oro>
- ✓ http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_179
- ✓ Cárdenas Mauricio, Mejía Carolina. Informalidad en Colombia: Nueva evidencia. Disponible en: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/WP-No.-35-Informalidad-en-Colombia-MC%C3%A1rdenas-y-C-Mej%C3%ADa-WP35.pdf>
- ✓ ¿La ley 1429 de 2010 ha formalizado el empleo en Colombia? Disponible en: http://190.7.110.123/pdf/6_derechoSeguridadSocial/observatorio/publicaciones/boletines/boletin13-nuevo.pdf
- ✓ Banco Mundial. Doing Business en Colombia 2010. Disponible en: <http://www.doingbusiness.org/documents/subnational/DB10-Subnational-Report-Colombia-Spanish.pdf>.
- ✓ Velásquez Restrepo, Carlos Alberto. “La sociedad por acciones simplificada” 2009. Disponible en: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Memorias/2011/7SAS.pdf>
- ✓ Rodríguez – Jaraba, Rafael. Los TLC no hacen ricos a los pobres. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/los-tlc-no-hacen-ricos-pobres/337635-3>
- ✓ Las transformaciones en el derecho societario. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlastransformaciones.pdf>
- ✓ El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa. Disponible en: <http://www.academiacarceller.net/apuntes/xbrl/digital/winter.pdf>

- ✓ SAS: Sociedad por Acciones Simplificada. Disponible en: <http://www.informacion-francia.com/if/sas-sociedad-acciones-simplificadas/>
- ✓ Matamoros Navarro, Linda. Propuesta de flexibilización del derecho societario español ante los nuevos retos de la unión europea. Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBILOCACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20III/PUBLICACION%20C3%93N.PDF
- ✓ http://www.delawareinc.com/brochure/insiders_guide_spanish.pdf
- ✓ La sociedad limitada nueva empresa. Disponible en: http://www.creacionempresas.com/index.php?option=com_content&id=617&Itemid=563&limitstart=1
- ✓ Las sociedades comerciales de cara a los nuevos tiempos. Disponible en: http://www.puelloherrera.com/pdf/Las_Sociedades_Comerciales_de_Cara_a_los_Nuevos_Tiempos.pdf
- ✓ Invirtiendo en Europa: Modernización del derecho de sociedades en Europa. Disponible en: http://www.avrio.org/uploads/media/EUROLAW_N_2_Spanish.pdf
- ✓ Negocios en China: Aspectos legales y fiscales. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Septiembre de 2011. Disponible en: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/negocios_en_china_aspectos_legales_y_fiscales_869.pdf
- ✓ Modelos de negocio en China. Disponible en: <http://www.casaasia.es/pdf/11209105651AM1231754211555.pdf>
- ✓ Como constituir una sociedad en China, la WFOE. Disponible en: http://www.sidley.com/files/Publication/a661239c-feb9-4f4a-a6b31d5ff8244637/Presentation/PublicationAttachment/dcb0b864-a648-41ad-bfcf-1e3990cf057b/Como%20constituir_Emch.pdf
- ✓ CHEN SU. *La Construcción del Sistema Legal Chino, en el marco de la Economía de Mercado.* Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/12.pdf>
- ✓ Sección internacional China. Disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/PAISES/CHINA.htm>
- ✓ <http://www.expansion.com/2010/11/11/economia/1289441626.html>

- ✓ Alice Lam, “Los modelos societales alternativos de aprendizaje e innovación en la economía del conocimiento”. Disponible en: <http://www.oei.es/salactsi/lam.pdf>.

- ✓ <http://siliconangle.com/blog/2011/01/11/silicon-valley-turns-40-do-we-need-it/>.
- ✓ <http://www.tridenttrust.com/PDFs/TUSA-C-KF-S.pdf>.
- ✓ <http://www.mygconsulting.com/es/constituir-sociedadextranjeritas/delaware.html>
- ✓ <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/beneficios-tributarios-la-ley-1429-2010>